Modificación unilateral de contratos con condiciones generales

Guido M. Buldurini

Modificación unilateral de contratos con condiciones generales

Guido M. Buldurini

Buldurini, Guido
Modificación unilateral de contratos con condiciones generales / Guido Buldurini. - 1a ed. - San Miguel De Tucumán : Guido Buldurini, 2020.
Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online
ISBN 978-987-86-7390-5

1. Derechos del Consumidor. 2. Derecho Privado. 3. Derecho. I. Título.
CDD 343.071

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional.

CONTENIDO

I.- Introducción.....1

II.- Las condiciones generales de contratación
2.1. Naturaleza jurídica: notas relevantes.....7
2.2. Funciones.....16

III.- La modificación de los contratos
3.1. Aproximación y precisiones terminológicas.....20
3.2. Diferencias entre novación modificativa y novación extintiva.....23
3.2.1. Criterios.....25
3.2.2. El art. 1204 del Código Civil español.....25
3.2.3. Conclusión.....28
3.3. Diferencia con la denominada modificación unilateral.....29

IV.- La posibilidad de modificar unilateralmente contratos
4.1. Visión desde la doctrina clásica de los contratos.....32
4.2. La evolución hacia la modificación. Planteamiento.....33
4.3. Ámbito de aplicación de la modificación: contractos de tracto sucesivo o de ejecución diferida.....34

V.- Modificación unilateral por el predisponente
5.1. Posibilidad o antinomia: el supuesto fáctico.....37
5.2. La literalidad de las definiciones legales.....37
5.3. Los momentos de la modificación.....42
5.3.1. Modificación prevista *ab initio*
5.3.1.1. El "consentimiento" del adherente.....43
5.3.1.2. Casos previstos por las distintas legislaciones.....44
5.3.1.3. La legislación española.....45
5.3.2. Modificación sin previsión *ab initio*. Remisión.....46

VI.- La facultad de modificación unilateral por el predisponente
6.1. Antecedentes.....47
6.2. Regla general. Prohibición
6.2.a) Fundamento de la prohibición.....49
6.2.b) Cláusulas del contrato que pueden ser afectadas.....54
6.3. Excepción: extremos requeridos para la validez de una cláusula modificativa....55
6.3.1. La especificación de los motivos.....56
6.3.2. Los motivos válidos.....50

VII.- Modificación unilateral del precio
7.1. Facultad de determinar el precio al momento de la entrega. Exclusión.....68
7.2. Facultad del profesional para aumentar el precio final sobre el convenido.....70
7.2.a) Aumento por el profesional. Requisitos de validez.....72
7.2.a) 1) Razones objetivas que justifiquen el aumento.....73

7.2.a) 2) Constancia o especificación de las razones objetivas.....81
7.2.a) 3) La facultad del consumidor de resolver el contrato.....83
7.2.b) La adaptación a un índice legal que describa explícitamente la variación de precios.....86
7.2.b) 1) ¿Cuándo un índice es *legal*?.....91
7.2.b) 2) Descripción explícita del modo de variación del precio.....95

VIII.- **Modificación por adición de prestaciones**
8.1. Antecedentes.....96
8.2. Aclaraciones previas.....96
8.3. Contratos ligados o modificación unilateral.....98
8.4. Los supuestos contemplados.....102
8.4.a) Incremento de precios por bienes o servicios accesorios.....105
8.4.b) Incremento de precios por financiación o aplazamiento.....106
8.4.c) Incremento de precios por recargos, indemnización o penalizaciones.....107
8.5. Los requisitos de validez de estas estipulaciones
8.5.1) Prestaciones adicionales.....109
8.5.2) Susceptibles de ser aceptadas o rechazadas.....110
8.5.3) Expresados con la debida claridad o separación.....111
8.6. Utilidad de estas cláusulas.....112

IX.- **Modificación unilateral en contratos financieros y valores negociables**
9.1. Breves referencias.....114
9.2. Nuestra opinión.....115

X.- **Efectos de la modificación unilateral**
10.1. Modificación unilateral inválida.....118
10.1.a) Una breve aclaración: el concepto de cláusula.....119
10.1.b) Nulidad parcial.....119
10.1.c) Integración del contrato.....123
10.1.d) Aplicación en los supuestos de modificaciones unilaterales.....126
10.2. Modificación unilateral válida.....129

XI.- **Naturaleza jurídica de la denominada modificación unilateral**
11.1. Importancia.....131
11.2. La modificación unilateral como condición suspensiva.....132
11.2.1. Estructura de la obligación condicional.....132
11.2.2. Como condición mixta.....136
11.2.3. El acontecimiento futuro o incierto.....138
11.2.4. De origen voluntario, pero regulación legal.....140
11.3. Efectos
11.3.1. Aclaraciones previas.....143
11.3.2. Modificación irretroactiva.....145
11.4. Las cláusulas 23 y 24 de la LCGC.....148

XII.- **La modificación y la cláusula *rebus sic stantibus***
12.1. Delimitación.....150

12.2. Semejanzas……..150
12.3. Diferencias……153

XIII.- **Forma de la modificación en contratos con condiciones generales**
13.1. La forma utilizada en el contrato originario, las necesidades económicas y el respeto a los derechos del consumidor……..157
13.2. Alternativas. Una propuesta……160

XIV.- **Modificación sin previsión *ab initio***
14.1. Causas de la imprevisión……163
14.2. Facultad resolutiva……164
14.3. Modificación por vía judicial……166

XV.- **Conclusiones**……168

Bibliografía……176

MODIFICACIÓN UNILATERAL DE CONTRATOS CON CONDICIONES GENERALES[1]

I.- Introducción.

El Derecho es un eterno perseguidor de realidades y como a Sísifo, el final del laborioso trabajo de cargar la piedra de la adaptación de las normas jurídicas a aquellas realidades, sólo sirve para anunciarle que el peñasco se encuentra nuevamente al pie de la montaña. Esa "condena" que el legislador carga sobre sus hombros debe ser cumplida con minuciosa precisión pero sobre todo, con atinada oportunidad, prontitud y Justicia. Y ello debe ser así porque si el Derecho no sirve para hacer más amable la vida de los hombres, entonces no sirve para nada.

Las consecuencias de la interacción entre las transformaciones económicas, sociales y políticas producidas desde fines del siglo XIX, como consecuencia de los efectos rápidamente propagados de la Revolución Industrial, han repercutido sobre diversos conceptos y categorías jurídicas que otrora eran consideradas como intocables[2].

Uno de los cambios más importantes que anunciaron el paso de una forma de vida a otra lo constituyó la producción en serie. La colocación en el mercado de lo producido hasta entonces no requería de mayor celeridad pues, aunque se vendiera lo producido en el menor tiempo posible, la demora en la producción por la falta de tecnificación lo hacía innecesario y hasta inconveniente. Con la tecnificación esos tiempos de producción se vieron reducidos considerablemente y ahora sí se hacía imperioso mejorar el sistema de comercialización para que los productos llegaran al destinatario final en el menor tiempo que fuera posible ya que, de otra manera, se produciría un

[1] El presente texto fue originalmente presentado por el autor como memoria de tesina para la obtención del Trabajo de Grado en el período de investigación del curso de Doctorado "Nuevas tendencias en Derecho Privado", bajo la dirección del Dr. D. Eugenio Llamas Pombo, en la Facultad de Dercho de la Universidad de Salamanca, obteniendo la calificación de Sobresaliente Cum Laude.

[2] Si bien la aparición de las condiciones generales –a ellas nos referimos como modificadoras del concepto tradicional de contrato- hacen su aparición definitiva en la época señalada en el texto, según Perreu ("*Clauses manuscrites…*", pág. 304, citado por G. Amigo, op. cit., pág. 16, nota n°9) <en matière d´assurances maritimes l´usance de clauses imprimées remonte à l´ordenance de la marine d´août 1681. A cette époque elles consistaient sur-tout en stipulations derogeant l´ordenance. Bientôt elles occassionairent des abus >.

aumento de stock con consecuencias económicas negativas para el empresario. Muchos fueron los medios utilizados para lograr ese propósito, pero es uno de ellos, y el que nos ocupa en el presente trabajo: el uso de condiciones generales de contratación[3], el que, simultáneamente, mayores beneficios reporta para el empresario[4] y más polémica jurídica ha suscitado.

Las condiciones generales de la contratación han demostrado ser de una gran utilidad en la simplificación y uniformidad de los instrumentos jurídicos utilizados en el comercio masivo, lo que ha permitido, a su vez, un gigantesco desarrollo de éste. Sin embargo, también es cierto que del otro lado se ha dejado a un "contratante" disminuido en sus libertades de conclusión y de configuración del contrato. Ese nuevo desequilibrio, entre quienes imponen las condiciones bajo las cuales se contrata y los que sólo tienen la posibilidad de aceptarlas o rechazarlas[5], debe ser desbaratado por el Estado a través de una adecuada regulación de un mercado que ha demostrado sobradamente que las "manos invisibles" no existen[6]. Así lo han entendido los

[3] Afirma García Amigo ("*Condiciones Generales de los Contratos*", Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, pág. 13) que "es evidente que el nacimiento de las condiciones generales de los contratos se debe a las exigencias que la moderna economía demanda a la dogmática del contrato, como vehículo jurídico utilizado para el intercambio de los bienes en una economía basada en la división del trabajo…".

[4] Los Doctores Stiglitz sostienen en ese sentido que "ello se refleja en una serie de pilares del régimen jusprivatista: la admisión del ejercicio abusivo de los derechos, el afianzamiento de la autonomía de la voluntad en materia contractual y la regla "ninguna responsabilidad sin culpa", que atribuye al agente solamente los daños deliberadamente queridos o negligentemente ocasionados", (Cf. Stiglitz-Stiglitz, "*Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor"*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1985, pág. 6).

[5] Sobre el equilibrio en las relaciones de consumo puede verse Stiglitz-Stiglitz, *"Derechos y Defensa del Consumidor",* Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1994.

[6] No obstante esta apreciación, algunos autores siguen sosteniendo que el mercado es el mejor regulador de los intereses de las partes, incluso de los intereses de los consumidores. Es el caso Javier Avilés García ("Cláusulas abusivas, buena fe y reformas del Derecho de la contratación en España", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1998, septiembre-octubre, N°648, pág. 1544 y ss.)* quien afirma que la idea de la protección del consumidor como parte más débil de la relación está basada en la falacia "…fundamentada en un apriorismo ideológico no demostrado científicamente, y que consiste , precisamente, en pensar que el consumidor está subordinado *estructuralmente* al empresario por el mero hecho de constituir siempre la parte más débil de la relación jurídica. Este razonamiento anterior –continúa- se complementa, a su vez, con la idea de que, en estas circunstancias, la solución vendría dada por la creación de un *Derecho perfecto* que vendría siempre a corregir las deficiencias de un *mercado imperfecto*" (el subrayado es nuestro). Sostiene que "a los que argumentan de esa manera *–Derecho perfecto, mercado imperfecto*- se les puede responder afirmando que un funcionamiento eficiente y transparente de mercado es, en muchas ocasiones, el que mejor garantiza la defensa de los intereses legítimos de los consumidores. De este modo, ante un fallo o deficiencia del mercado (monopolio, defecto de información, etc.) lo que procederá será valorar si los costes de esa deficiencia superan a los costes que la intervención legislativa puede provocar." También Alfaro sostiene una posición similar al sostener que "…no es científico afirmar que el consumidor está subordinado *estructuralmente* a las empresas, sin que tales afirmaciones se

legisladores de distintos países que han regulado -aunque con diversa intensidad- diferentes aspectos de esta problemática. Como sostiene Reich "el consumidor se encuentra en una situación estructural que no puede ser compensada económicamente, sino tan sólo mediante el ejercicio de medidas de política jurídica. En cierto modo el derecho del consumidor viene a compensar determinadas deficiencias funcionales del mercado en el orden de la economía"[7].

En nuestro trabajo nos abocaremos al análisis de uno de esos aspectos: la llamada modificación unilateral de contratos con condiciones generales. Nuestra inclinación por la investigación de este tema en especial se debe a una multiplicidad de factores: 1) su *actualidad*, ya que se trata de una de las especies de cláusulas más utilizadas en los últimos tiempos por los profesionales y para comprobarlo no hace falta más que recordar la última vez que nuestra empresa de telefonía móvil, la agencia de viajes de turismo o la compañía aérea, modificaron el precio "pactado" en nuestro contrato, o nos ofrecieron nuevos servicios (con el correlativo aumento del precio, claro), o

---

acompañen de los estudios económicos correspondientes que sustenten tal afirmación." (Nota crítica, *Anuario de Derecho Civil, 1993, Fascículo I, pág. 301 y ss. y 1994, Fascículo II, pág. 307 y ss.).*

En primer lugar, cabe oponer a estas opiniones que la mentada falta de demostración científica de la subordinación estructural del consumidor al empresario se constata, a nuestro entender, con uno de los primeros métodos que la ciencia ha conocido: la observación empírica. Ciertamente, nos parece que no hace falta demasiado esfuerzo para comprobar que esa subordinación efectivamente existe, incluso cuando el adherente ostenta una posición económica fuerte; y hasta parece más artificial intentar demostrar lo contrario.

En segundo lugar, debemos reiterar aquí lo dicho en el texto en el sentido de que sostenemos firmemente que los hechos han demostrado que la denominada "mano invisible" (el *lesse faire* inunda todo el texto transcripto) o bien no existe y nunca existió, o ha resultado ser tan impiadosa con algunos grupos que un Estado que tome en serio sus funciones debe ponerle coto a sus andanzas. Resulta paradójico y –quizás- hasta esquizofrénico que el principio de libre mercado a ultranza sea defendido con tanto énfasis por juristas que viven y gozan –sin quejarse de ello, y tal vez sin advertirlo- de las políticas proteccionistas de estructuras que defienden el Estado de Bienestar de puertas adentro –y sin decirlo en voz alta- y condena a la marginalidad a quienes tuvieron la desgraciada "suerte" de nacer fronteras afuera. La intervención del Estado en la protección de los consumidores representa en pequeña escala la intervención del mismo en las políticas macroeconómicas a nivel mundial. En ambos casos las asimetrías son palmarias, y en ambos casos es necesario llegar a un equilibrio que garantice a los seres humanos una vida digna. Díaz Alabart expresa una opinión similar respecto de la función de esta parte del Derecho ya que considera que la utilización del contrato como expresión del poder o posición privilegiada de uno de los contratantes, por un lado, y la demostración de la falsedad de la máxima de que el propio mercado es capaz de corregir desequilibrios, por otro, han llevado al legislador a intervenir. También en un reciente estudio de Guillermo Orozco Pardo (en Aranzadi Civil, 2002-II, pág. 2055 y ss.) pueden leerse conclusiones similares con citas de reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional que las respaldan.

En conclusión, podemos decir con Köndgen que corresponde a la sociedad y, por tanto, al Derecho decidir cuánto mercado queremos (citado por Alfaro en "Las condiciones...", pág. 61).

[7] Reich, Norbert*, "Mercado y Derecho",* Ed. Ariel, Barcelona, 1985, pág. 175.

alteraron de alguna otra manera el contenido de lo "acordado" originariamente, y ello solo para enunciar algunos de los supuestos que pueden presentarse[8]; 2) su *uso masivo y utilidad:* lo uno se deriva de lo otro ya que no hay empresario que se sirva de instrumentos jurídicos que no sean beneficiosos. Sin embargo esta utilización masiva puede provocar abusos que es conveniente evitar o corregir y ello solo puede lograrse a través de un exhaustivo conocimiento de la estructura y la lógica interna del instituto de la modificación; 3) su *"reciente" legislación* de forma expresa por algunos países, como los de la Unión Europea o Brasil[9], y su falta de legislación en otros, como es el caso de Argentina, donde si bien existe una Ley de Defensa del Consumidor –N° 24.240- la modificación unilateral no está regulada de forma expresa[10]. En estos últimos casos, y conforme al principio según el cual el juez no puede alegar silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes para no resolver una cuestión que se le plantea[11], resulta necesario indagar acerca de los mecanismos interpretativos que podrían seguirse a efectos de garantizar un adecuado tratamiento y resolución de los supuestos de modificación unilateral que puedan plantearse; 4) la *ausencia de un estudio monográfico* del tema -por lo menos hasta donde tenemos conocimiento- representa por un lado un estímulo, pero también un desafío mayor ante la necesidad de recurrir no pocas veces a la aplicación de principios generales o de construcciones jurídicas que no siempre irán de la mano con la opinión de la –escasa- doctrina que ha estudiado el tema.

El estudio se inicia con una *Primera Parte* que contiene una toma de posición en relación a la *naturaleza jurídica* que se les asigna a las condiciones generales y se enuncian las *funciones* que éstas cumplen en la contratación en masa. Si bien es cierto que estos temas no representan el núcleo de nuestra investigación hemos considerado

[8] Recientemente, por ejemplo, la Audiencia Provincial de Asturias resolvió un caso en el que se planteaba, entre otras reclamaciones, la modificación del horario académico de una institución educativa (SAP Asturias 22 julio 2002, Aranzadi Civil, Febrero 2003, pág. 735).

[9] Como se sabe, la Comunidad Europea sancionó en el año 1993 la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, sobre Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, aunque algunos países demoraron su adaptación a su Derecho interno más allá del término previsto por la propia norma (el plazo vencía el 31 de diciembre de 1994, cfr. art. 10.1). Es el caso de España donde la transposición de la Directiva al ordenamiento interno ha tenido lugar con la sanción de la Ley 7/1998 de 13 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación.

[10] La única referencia legal expresa a la modificación unilateral de contratos en Argentina se encuentra en el Art. 14 inc. b) de la Ley 25.065 de Tarjetas de Crédito.

[11] Así lo establece el artículo 15 del Código Civil argentino: "Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes."

importante su tratamiento –si bien de manera abreviada- puesto que, además de guardar estrecha relación con aquél, constituyen el marco dentro del cual desarrollamos el tema central, y las conclusiones que sostenemos respecto de los mismos ayudan –eso esperamos- a entender con mayor claridad algunas de las opiniones que se vierten a lo largo del texto.

A continuación, se plantea la cuestión sobre la posibilidad de modificar contratos en general. La respuesta a ese interrogante nos llevará a recorrer rápidamente la evolución que ha sufrido el instituto de la "modificación" y, con él, el propio concepto de "contrato", que luego de presentarse con ropajes rígidos en épocas antiguas empieza a flexibilizarse en una inacabada carrera por adaptarse a las necesidades sociales que satisface. Las confusiones que aún hoy se suscitan a la hora de distinguir la novación meramente modificativa de la novación extintiva nos a llevado a incluir un apartado en el que se puntualizan las diferencias más importantes entre ambas a fin de comprender luego la distinción entre la primera y la llamada modificación unilateral de contratos con condiciones generales. La aplicación de la teoría de la cláusula *rebus sic stantibus* en los que denominaremos contratos clásicos -es decir, aquellos en los que existe verdadera autonomía de la voluntad en ambas partes-, también presenta caracteres similares con la llamada modificación unilateral lo que también ha hecho necesario introducir un apartado en el que se determinen sus diferencias.

El primer capítulo se finaliza con el planteo de la posibilidad de introducir *unilateralmente* modificaciones en un contrato. El supuesto se analiza tanto desde la perspectiva clásica de los contratos como desde la *nueva* visión de los contratos con condiciones generales, aunque sin adelantar una respuesta definitiva.

El contenido de la *Segunda Parte* encierra la respuesta a aquélla pregunta. La descripción del supuesto fáctico que regulan las normas que prevén modificaciones de contratos con condiciones generales, por un lado, y el análisis de las definiciones contenidas en los textos legales, por otro, determinan una tensión a la hora de decantarnos por una respuesta afirmativa o negativa a la cuestión, que sólo podrá resolverse una vez que se analicen los distintos supuestos contemplados por la ley.

El análisis de los casos de modificación de contratos con condiciones generales es dividido en dos tipos: 1) las alteraciones que se producen como consecuencia de una

previsión expresa por parte del profesional en el clausulado general y 2) las que se pretenden introducir sin aquélla previsión. Cada uno de estos supuestos se analiza por separado ya que implicarán la adopción de soluciones diferentes. Dentro del primero se incluye el análisis de las distintas especies de cláusulas modificativas que son tratadas por la legislación española, que en este aspecto se toma como reflejo de la europea[12]. Esta parte constituye el nudo de nuestro trabajo ya que la expresa regulación legal, tanto a nivel nacional como europeo, representa la culminación de una evolución que tiene comienzo allá por el año 1976 con la Ley alemana de Regulación de las Condiciones Generales de la Contratación, que ya contenía previsiones sobre este tema. Sin embargo, el hecho de que, hasta hace poco tiempo, esa evolución sólo haya tenido base legal en Alemania ha impedido que dispongamos de mayor cantidad de resoluciones jurisprudenciales directas sobre el tema, o que muchas de las que se citan se fundamenten en principios generales a falta de prescripciones específicas. Tampoco la doctrina se ha mostrado muy entusiasmada con el tema, aunque en los últimos tiempos esa tendencia parece haberse modificado, estimulada, entendemos, precisamente por la preocupación del legislador en introducir su regulación. Por esos motivos tampoco hemos contado con mucho material bibliográfico que trate de manera específica el tema y, en cambio, muchas veces hemos tenido que recurrir a interpretaciones de cuestiones tangenciales o a principios generales –nuevamente- para resolver algunas cuestiones que se nos han presentado.

Finalmente, y antes de las conclusiones, hemos efectuado un análisis de las *formas* que deberían utilizarse en los supuestos de modificaciones para garantizar el adecuado funcionamiento de un instrumento que, bien usado, puede servir para sus propósitos sin afectar los legítimos derechos de los consumidores.

[12] Si bien, como se verá, las particularidades de cada país han incidido en la intensidad con que cada legislador ha incorporado al Derecho interno la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993.

II.- LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN.

2.1. Naturaleza Jurídica: notas relevantes.

Antes de adentrarnos en el análisis de las distintas posiciones que se han sostenido respecto de la naturaleza jurídica de las condiciones generales de la contratación, debemos reiterar que escapa al objeto del presente trabajo agotar el análisis de esas posiciones[13]. Lo que se pretende, por el contrario, es adoptar aquella postura o las porciones de aquellas que consideremos a nuestro criterio como las tesis más acertadas a los fines de aplicarles luego el sistema jurídico que más les convenga.

Dirimir la naturaleza jurídica de un instituto consiste en encasillar al mismo dentro de un molde que ya nos resulta conocido de antemano. En el caso que nos ocupa nos proponemos determinar qué tipo de actuación con relevancia jurídica desarrolla el adherente cuando "acepta" el condicionado que le "presenta" el predisponente. Establecer la naturaleza del acto de adhesión nos permitirá tratar en sus justos términos a las denominadas *modificaciones unilaterales* en este tipo de contratos. Si entendemos que el acto de adhesión reviste el carácter de consentimiento contractual y por ende estamos frente a un contrato, deberemos aplicar a todas las relaciones jurídicas que se produzcan dentro de su marco las reglas que rigen el derecho contractual. En caso de entenderlo así deberemos establecer si es necesario redefinir el contenido de esas reglas y en qué medida. Además de lo dicho, la posición que se adopte en este punto repercutirá en el régimen que apliquemos luego a las llamadas modificaciones unilaterales. Si bien es cierto que esa es una consecuencia aplicable a todas las condiciones generales, en relación a las cláusulas modificativas es particularmente importante ya que su ubicación dentro del ámbito de las condiciones generales no siempre está justificado pues, como se verá más adelante, en ocasiones los tópicos que regulan son tan esenciales -como el precio- que deberían incluirse entre las cláusulas expresamente negociadas y no en el clausulado general.

[13] Para un estudio más profundo sobre la naturaleza jurídica del acto de adhesión puede verse Ballesteros Garrido, José Antonio, *"Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad"*, José María Bosch Editor, Barcelona 1999.

Para abordar esta tarea haremos un breve repaso de la evolución que ha tenido la cuestión de la naturaleza jurídica del acto de adhesión en la legislación y en la doctrina.

Luego de un primer momento en que se discutió la cuestión de la naturaleza jurídica de las condiciones generales de la contratación sobre la base de la disputa entre quienes sostenían su naturaleza normativa y aquellos que defendían la contractual[14], el tema quedó casi en el olvido después de que la mayoría de la doctrina se inclinara por la naturaleza contractual de aquellas. A ello contribuyó sin duda la adopción de esta posición por las distintas legislaciones que trataron el asunto[15].

La apatía de la doctrina en relación a la investigación de este tema se debió aparentemente a la falta de relevancia práctica de sus conclusiones. Sin embargo coincidimos con quienes aún sostienen la necesidad de dirimir la cuestión[16] ya que, como afirma Ballesteros Garrido, "aún cuando se acepte la tesis contractualista, no pierde vigencia la cuestión de la naturaleza, si bien con otro alcance: habrá que plantearse… hasta dónde es válida la adhesión; en otras palabras si esta consiste en un consentimiento contractual sin más, equivalente a la aceptación de una oferta en la contratación tradicional, o si tiene un alcance más limitado en razón de las particularidades que se puedan considerar relevantes jurídicamente." De la respuesta que se dé a ese interrogante dependerá la calificación que se haga de los contratos de adhesión como contratos clásicos o como una categoría aparte que merezca un tratamiento jurídico diferente, acorde con sus características propias y que reduzca a sus justos términos la eficacia contractual de las condiciones generales[17].

De Castro había manifestado que la autonomía privada no puede desplazar al Derecho dispositivo sin una razón suficiente. Afirmaba en ese sentido que:

> "Las normas que regulan los contratos y cada tipo de contrato, no son dadas para auxilio de descuidados o desmemoriados, supletorias o

[14] Entre los defensores de las teorías normativistas o unilaterales pueden citarse a Di Pace, "Il negozio di adesione nel diritto privato", *Revista di Diritto Commerciale, 1941-I, pág. 34 a 47*; García Amigo, *"Condiciones Generales de los Contratos (civiles y mercantiles)"*, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, pág. 100 a 107. Para la doctrina contractualista puede verse entre los primeros a De Castro, F. De, "Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes", *Anuario de Derecho Civil N°14, 1961.*

[15] Cfr. Ballesteros Garrido, op. cit., pág. 105.

[16] Alfaro*, "Las condiciones…",* pág.40 y ss.; Ballesteros Garrido*, op. cit*., pág.106 y ss..

[17] Ballesteros Garrido, op. cit., pág. 107.

> adivinatorias de sus voluntades, sino que manifiestan la regulación normal y que por tanto tienen un cierto carácter imperativo; son preceptos en los que el legislador ha ponderado cuidadosamente la situación normal de los intereses de las partes, tienen una <función ordenadora> por lo que no pueden ser desplazados sin una razón suficiente"[18].

Al respecto Alfaro opone que la falta de coherencia intrínseca de la posición de De Castro, evidenciada en la mutación de la función del Derecho dispositivo que propone (que pasa de supletorio a imperativo), se debe a que los contractualistas consideran a la adhesión como consentimiento. Critica esa incoherencia diciendo que "en lugar de reconocer que el adherente no ha ejercitado su autonomía al aceptar las condiciones generales, y que, consiguientemente, éstas no le son oponibles, se da por existente el consentimiento contractual y se niega a los particulares poder para derogar el derecho dispositivo sin justificación. En otras palabras –continúa- *en lugar de decir que el derecho dispositivo sólo puede ser derogado por la autonomía privada pero que no hay autonomía privada (bilateral) en el caso de la adhesión a condiciones generales, y por tanto que la derogación del Derecho dispositivo no es admisible, se dice que la autonomía privada no puede derogar el Derecho dispositivo*. Esta consecuencia es claramente contradictoria con los principios del ordenamiento, porque cuando éste quiere negar a los particulares poder para derogar una norma, afirma expresa o tácitamente su carácter imperativo" (cursiva en el original)[19].

Coincidimos sustancialmente con la crítica que efectúa Alfaro, pero esa afirmación debe matizarse como el propio autor lo hace en un lugar diferente de su obra[20]. En efecto, es a todas luces evidente en primer lugar que el Derecho dispositivo es tal porque, precisamente, es susceptible de ser derogado por los particulares haciendo uso de su autonomía privada. Pero, por otra parte, y si bien entendemos que la autonomía

[18] De Castro, *"Condiciones Generales de los Contratos (civiles y comerciales)",* pág. 333-334.
[19] Alfaro, *"Las condiciones…",* pág. 88-89.
[20] El autor manifiesta que la voluntad del adherente se trasluciría en lo que las partes hubieran previsto como *elementos esenciales* del contrato o *acuerdos individuales en general* (Alfaro, *"Las condiciones…",* pág. 436-37).

privada se encuentra considerablemente reducida en el acto de adhesión a condiciones generales, no creemos que esté ausente por completo**,** como se explica *infra*.

Esa posición ha llevado a Alfaro a sostener que *la adhesión no constituye consentimiento sino, simplemente y de acuerdo con la significación objetiva a la luz de la ley y la buena fe,* ***autorización para formalizar reglas y principios legales***[21].

Con Ballesteros Garrido pensamos que la afirmación no es acertada en primer término porque el acto de adhesión "no puede autorizar a formular unas reglas que ya están formuladas, puesto que son precisamente el objeto de la adhesión." Y en segundo lugar porque "sería conceder al predisponente una capacidad de disposición sobre el contenido del contrato… prescindiendo de la voluntad de la otra parte…".

Consideramos más acertado conservar el carácter contractual del acto de adhesión, aunque ciertamente con unos límites más reducidos que el reconocido al consentimiento clásico[22].

En ese sentido es evidente que las reglas *signing is binding* ("el que firma se obliga") y *parole evidence rule* ("lo escrito es la regla"), que han tenido plena aplicación y vigencia en las relaciones de derecho privado, no tienen, respecto de los denominados contratos de adhesión, la validez que poseen en los demás contratos. Ello se debe a que la firma que estampa el adherente al pie del clausulado que le presenta el predisponente no tiene la misma fuerza vinculante que la estampada en un contrato de los clásicos. Esa diferencia se debe a que la firma ha dejado de ser para estos casos la exteriorización de la libre voluntad del adherente, pues éste "no tiene una posibilidad real de conocer o entender el contenido del documento que suscribe" y "aunque lo conozca y entienda, no tiene una opción real y razonable de…renunciar a suscribir ese documento, ya que no tiene una opción razonable de acudir a la competencia en busca de otro empresario que ofrezca unas condiciones distintas, lo que incita justamente a no leer el documento

[21] Op. cit., pág. 102.

[22] En efecto, Orozco Pardo ha puesto de manifiesto en forma indubitada ("Protección de Consumidores, condiciones generales y cláusulas abusivas. Varias reflexiones y un ejemplo: el sistema francés de amortización de créditos hipotecarios", *Aranzadi Civil 2002-II, pág. 2055 y ss*.), que el clásico principio de autonomía privada no es absoluto y que, por el contrario, debe sujetarse a <exigencias éticas ineludibles consagradas en las normas imperativas y en los principios generales del Derecho>. Puede verse al respecto las SSTS de 30 de abril de 1993 (RJ 1993, 3197) y 29 de junio de 1995 (RJ 1995, 5929).

que firma", y es por ello que tampoco puede acusarse al adherente de actuar de forma negligente al no leer el documento que suscribe[23].

Pues bien, si la firma que representa la adhesión ya no tiene el mismo valor que poseía antes (por lo menos en el ámbito de los contratos de adhesión), entonces, y en el caso de que aún conserve alguno, ¿qué valor tiene?

Siguiendo a Ballesteros Garrido podemos decir que "si toda declaración de voluntad es vinculante únicamente en la medida en que sea libre y se refiera a un objeto realmente conocido, la adhesión sólo podrá valer como tal declaración en tanto en cuanto cumpla esos requisitos"[24].

Razona el citado autor que si ya hemos reconocido que el adherente no conoce, ni es razonable que intente conocer las condiciones generales, ni puede modificarlas, "es inadmisible que se pueda considerar que le vinculan por el hecho de haber firmado un documento en que se recogen de manera farragosa…"[25] y que por ello "lo que debe hacerse es determinar hasta dónde llega la voluntad libre del adherente para delimitar el contenido de la voluntad común de las partes, o lo que es lo mismo, el contenido del contrato, excluyendo todas aquellas cláusulas predispuestas por una parte pero que no hayan sido realmente consentidas por la otra"[26].

---

[23] Ballesteros Garrido, op. cit., pág.154. Por su parte Alfaro (*"Las condiciones…", pág. 70*), destaca que "…constituye un lugar común iniciar las exposiciones sobre las condiciones generales señalando que los adherentes no se molestan en leerlas antes de firmarlas, sino que se concentran en los elementos esenciales del contrato y renuncian a examinar el contenido de las cláusulas accesorias. Es decir, los adherentes como <tipo> de contratante no introducen entre las variables que influyen en su decisión de contratar, el contenido de las condiciones generales. Dicha actitud es, además, racional desde un punto de vista económico.- Las razones fundamentales de ello pueden resumirse del siguiente modo: los costes que para el consumidor entraña la obtención de la información necesaria para adoptar una <decisión racional> respecto a las condiciones generales, seleccionando entre las existentes en el mercado, superan las eventuales ventajas…. En efecto es necesario que… –el consumidor- invierta tiempo y dinero en leerlas, compararlas con las de la competencia y decidirse por una de ellas… Si a ello añadimos que el contenido habitual de las condiciones generales se refiere a supuestos de hecho cuya realización efectiva es poco probable que se produzca, y que los consumidores, en general carecen de la formación adecuada para calibrar adecuadamente dichos riesgos… podemos llegar a la siguiente conclusión: *los costes asociados a la lectura, compresión, comparación de las condiciones generales existentes en el mercado supera las eventuales ventajas que de dicha actividad podrían derivarse en forma de mejores condiciones generales.*" Esto lo lleva a concluir que al no afectar el contenido de las condiciones generales la decisión de con quién contratan de los clientes "los predisponentes no se ven obligados a modificarlas… porque no pierden clientela al no hacerlo."

[24] Op. cit., pág. 157.

[25] Ibidem.

[26] Ballesteros Garrido*, op. cit., pág. 140.*

Sostiene el autor como conclusión de los anteriores razonamientos que el contrato, como tal, estará constituido por las prestaciones esenciales pactadas, los demás extremos específicamente acordados y por las expectativas razonables del adherente[27]. Es en esos elementos en los que puede reconocerse una declaración negocial del adherente que no puede extenderse más allá sin caer en una peligrosa ficción.

Pese a que venimos siguiendo el desarrollo que del tema ha realizado Ballesteros Garrido, debemos señalar que disentimos, aunque solo parcialmente, con el contenido que le asigna el autor al acto de adhesión y, por ende, al contrato que nace como consecuencia del mismo, como seguidamente se verá.

Analicemos ahora, parte por parte, el contenido que engloba el contrato de adhesión para este autor a la vista de las consideraciones arriba expuestas, para luego concluir con nuestra posición:

1.- En primer lugar no cabe ninguna duda de que el adherente actúa voluntariamente al aceptar la *prestación esencial* que le ofrece el predisponente y al obligarse a cumplir la contraprestación[28]. Esto es así porque la adquisición del bien o servicio de que se trate es el fin que persigue el consumidor-adherente y así lo manifiesta. Nadie podría negar que el consumidor que compra un automóvil elige, quiere y compra el coche con el que sale de la tienda y no otro; otra cosa serán las condiciones bajo las cuales se regirá la compra efectuada en relación al plazo de financiación, monto de los intereses, etc.. Esta postura es sostenida en forma expresa por la STPI n°50 de Madrid de 11 de septiembre de 2001 (RDBB, n°88, pág. 209 y ss.); en ella se afirma que <las normas protectoras de los consumidores en materia de condiciones generales no son aplicables a los elementos esenciales del contrato, por tratarse de una cuestión que debe quedar remitida a la libre autonomía de las partes…>.

[27] Ballesteros Garrido, *op. cit., pág.157-58.*

[28] Véase sobre el punto Pagador López, *"Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas…",* pág. 277 y ss.; Alfaro, *"Las condiciones…", pág. 138 y ss.* No obstante lo dicho, resulta necesario delimitar adecuadamente el concepto de *prestación esencial* y distinguirla de la contraprestación. En efecto, parece que ese es el criterio seguido por el legislador y por una profusa jurisprudencia que, entre otros casos, ha considerado a los intereses –más precisamente al monto de los mismos- como una cláusula general no negociada y susceptible de ser modificada vía integración. Al respecto véase *infra* lo dicho en el apartado 7.2.b).

2. En segundo lugar estamos de acuerdo en considerar que los *demás extremos específicamente acordados* también están incluidos en el contenido del contrato porque –y sólo en la medida en que- también han sido queridos y aceptados por el adherente.

No obstante debemos efectuar algunas observaciones sobre este punto. La primera consiste en advertir y remarcar que, a los efectos de considerar a una de estas cuestiones accesorias como libremente aceptada por el adherente, deberá analizarse en cada caso en particular y con criterio restrictivo esa posibilidad, y siempre que el legislador no hubiera previsto una solución diferente para el supuesto.

También dentro de este aspecto, debemos decir que no coincidimos con uno de los ejemplos que enumera el autor para referirse a los "otros extremos que hayan sido expresamente tratados", pues incluye entre ellos a los "intereses por pagos aplazados". Lo común respecto de estos es que no sean tratados en cada caso en particular y, en el caso de que se traten generalmente el adherente no tiene posibilidad alguna de modificarlos, ergo, si no han sido *libremente tratados* no cabe concluir que exista respecto de ellos un *acuerdo contractual*[29].

3. Respecto de las denominadas "expectativas razonables" el autor engloba en ellas, según se desprende de sus palabras, a todos aquellos extremos que, con arreglo al derecho dispositivo, los usos y las reglas de la buena fe, deban seguirse de las manifestaciones que se hayan echo a lo largo de los tratos previos, de las realizadas por el predisponente en momentos anteriores (promoción, publicidad, etc.) y de las circunstancias en que se contrata[30].

La teoría de las expectativas razonables tiene origen en el Derecho anglosajón y nos parece, en su esencia y fines, muy útil, pero su transpolación al Derecho continental merece algunos comentarios pues nos parece, en algunos aspectos, innecesaria e inconveniente.

---

[29] Así lo han destacado numerosas sentencias en las que reiteradamente se ha reducido el porcentaje originariamente fijado por las entidades crediticias luego de ser considerados como "desproporcionados" [SAP Murcia de 31 de marzo de 2000 (Aranzadi Civil, 2000, 1282) y 1 de febrero de 2000 (Aranzadi Civil, 2000, 774) y S. Juzgado de Primera Instancia de Manresa N°4, de 5 noviembre de 2002, fundamento de Derecho 5 (Aranzadi Civil, Febrero 2003, pág. 908)]. Se trata, además, de uno de esos supuestos en los que el legislador ha previsto una solución diferente. Ello es así por lo menos en lo que respecta a los créditos al consumo, para los cuales el art. 8.2 de la Ley de Crédito al Consumo obliga a que la variación del coste del crédito se ajuste a un interés de referencia objetivo. Es evidente que la autonomía de la voluntad se encuentra limitada.

[30] Ballesteros Garrido, *op. cit., pág. 157.*

Innecesaria porque lo que el autor pretende incorporar al análisis que hace de las condiciones generales es el aspecto subjetivista que abarcarían las denominadas "expectativas razonables", a diferencia de lo que ocurriría con los institutos del Derecho continental. No vemos, sin embargo, obstáculo alguno para hacer ese mismo análisis desde el punto de vista del antiquísimo instituto de la buena fe, pues no hay motivo para limitar su eficacia a lo meramente objetivo. La Audiencia Provincial de Castellón ha establecido en forma expresa que el sistema normativo constituido por las Leyes de Defensa de los Consumidores y Usuarios y sobre Condiciones Generales de la Contratación, excluye expresamente las llamadas cláusulas abusivas, entendiendo por tales, entre otras, <las no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la *buena fe* causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato…> (la cursiva es nuestra). En similar sentido se expiden la SAP de La Coruña de 26 de marzo de 1999 (Aranzadi Civil 1999, 3967) y de 27 de mayo de 2000 (Aranzadi Civil, 2000, 1708), la SAP de Vizcaya de 26 de julio de 2000 (Aranzadi Civil, 2000, 1922) y la SAP Asturias de 14 de noviembre de 2002 (Aranzadi Civil, Marzo de 2001, 1115) entre muchas otras[31].

Tampoco el argumento de que mientras las expectativas razonables tendrían la bondad de abarcar toda la vida del contrato de adhesión la buena fe sólo sirva para su posterior interpretación[32]. Ello se desprende de la crítica que efectúa Ballesteros a la posición de Alfaro al manifestar que la inclusión por parte de ese autor de la cláusula general de buena fe parece ser hecha en un sentido puramente objetivo al que no debería limitársela puesto que si bien "lo habitual será que no existan aspectos subjetivos a tener en cuenta debido a la falta total de tratos previos y otras circunstancias particulares, o porque no se puedan probar; pero no debería excluirse por principio esta posibilidad; por el contrario debería establecerse como criterio de integración del contrato la buena fe, tomando como punto de partida para su desarrollo

[31] Si bien la SAP Segovia de 18 de mayo de 2000 ha entendido que una cláusula pude considerarse como abusiva si <implica una ejecución del contrato significativamente diferente a aquélla que el consumidor podía legítimamente esperar…> (RDBB, N°85, pág. 261 y ss.).

[32] En ese orden de ideas el Código Civil argentino dispone de manera expresa en su art. 1198 que "los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión…", con lo que la aplicación del concepto de buena fe infunde todo el *iter* del contrato.

las expectativas infundidas al adherente…"[33]. En sentido similar Díaz Alabart entiende que una de las acepciones que se le otorga al concepto de buena fe es aquélla en la cual cuando se crea una apariencia suficiente, a base de actos o de declaraciones de voluntad, la exigencia de la buena fe tiene por consecuencia <que la apariencia funcione como realidad>[34]. No parece necesario entonces recurrir a la categoría de las expectativas razonables, o por lo menos no en los términos propuestos por el autor.

Por otro lado, nos parece inconveniente porque al no ser necesaria introduce un elemento de recelo a su valioso sustrato que podría derivar en una reticencia de los jueces a aplicarla basada simplemente en su aspecto formal y perderíamos la oportunidad de hacer efectivas las correctas y valiosas conclusiones a las que arriba, pues no nos parece recortarla en demasía en sus efectos si le quitamos la nomenclatura foránea y efectuamos las matizaciones que se han señalado.

En definitiva, compartimos la mayor parte de las argumentaciones de Ballesteros Garrido, pero no vemos la necesidad de construir una nueva categoría jurídica -la de las expectativas razonables-, salvo que se las considere como un supuesto de hecho para desencadenar la aplicación del instituto de la beuna fe, o que se trate de un modo de denominar a un conjunto de institutos ya conocidos (buena fe, usos, Derecho dispositivo, etc.)[35]. En este último caso ya no estaríamos ante un problema conceptual sino meramente terminológico.

---

[33] Ballesteros Garrido, pág. 150-1. Lo mismo puede observarse en pág.250 cuando el autor critica el uso en un sentido completamente objetivizado del principio por parte de la mayoría de la doctrina y jurisprudencia españolas, como en las conclusiones XI y XV que en sus partes pertinentes respectivamente dicen: "XI.- La doctrina de las expectativas razonables… sostiene que en los contratos de adhesión el acuerdo alcanzado está formado por las expectativas razonables del adherente, esto es, por lo que espera legítimamente que diga el condicionado general… basándose en la forma de presentación del contrato, los tratos previos, la publicidad , el derecho subyacente, etc…". "XV.- Mientras en el control previo de las condiciones generales debe utilizarse un criterio objetivo… en la determinación del contenido de cada contrato concluido, es decir, de las expectativas razonables del adherente, ha de utilizarse un criterio subjetivo. Lo relevante es lo que cada contratante cree estar contratando, porque se trata de fijar el contenido de cada uno de los contratos celebrados individualmente, no de la globalidad de contratos celebrados con base en el mismo clausulado…" (op.cit. pág.294-5).

[34] Díaz Alabart, Silvia, "*Pacta sunt servanda* e intervención judicial en el equilibrio de los contratos: reflexión sobre la incidencia de la Ley de Condiciones Generales de los Contratos", en *"Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas"*, Nieto Carol, Ubaldo (Director), Ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 72.

[35] Podemos decir con Alfaro ("Las condiciones...", pág. 81) que "mientras los pactos contractuales están sometidos –en general- únicamente a la ley imperativa, la moral y el orden público (art. 1.255 CC) como límites genéricos de la libertad contractual, las condiciones generales sólo son válidas si son conformes con la buena fe y el justo equilibrio de las prestaciones [art. 10.1 c) LCU]. La diferencia estriba, por tanto,

Como se ha destacado antes, las conclusiones aquí expuestas nos permitirán delimitar el contenido máximo –cualitativamente hablando- de las denominadas cláusulas de modificación unilateral, ya que cuando estemos ante supuestos que no tengan una solución legal expresa deberemos recurrir a estos principios generales.

2.2. Funciones[36].

Un breve desarrollo de las que han sido consideradas como funciones de las condiciones generales será uno de los elementos que nos permitirá comprender -y por tanto, interpretar- los distintos supuestos de regulación legal de cláusulas que posibilitan la modificación unilateral de contratos de adhesión. Será igualmente útil a los fines de analizar los supuestos de modificación unilateral no previstos expresamente por el legislador pero que la práctica nos presenta a diario.

Desde antaño la doctrina ha clasificado a las funciones de las condiciones generales entre las que merecen ser calificadas como valorativamente positivas y las que se consideran como negativas[37].

Entre las primeras se han destacado las siguientes: 1) permitir a la empresa contratar en serie, 2) planificación eficiente de recursos (técnicas productivas, comerciales, etc.), 3) permitir una mejor organización interna de la empresa, 4) facilitar la evolución del mercado (competidores diseñan cláusulas novedosas, etc..). Las negativas pueden sintetizarse en aquélla que *mejora inequitativamente la posición de la empresa* respecto del cliente, incrementando el beneficio contractual.

Unas y otras han sido tenidas en consideración por el legislador a la hora de regular el fenómeno de las condiciones generales y en particular las que prevén la modificación del contrato. Las funciones positivas revisten un carácter eminentemente económico. Ello ha sido ya suficientemente destacado por la doctrina en general, por lo que

en la cláusula general que sirve como patrón de enjuiciamiento de la validez: en un caso la moral y el orden público y en otro la buena fe".

[36] Al respecto puede verse Alfaro, *"Las condiciones...", pág. 28 y ss..*

[37] Sobre las funciones de las condiciones generales puede verse Pagador López, *"Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas…",* pág. 31 y ss.; García Amigo, *"Condiciones Generales de los Contratos…"*, pág. 24 y ss.; Alfaro, *"Las condiciones…", pág. 28 y ss.;* Ballesteros Garrido, *"Las condiciones generales de los contratos…", pág. 29y ss..*

consideramos sobreabundante discurrir aquí sobre el particular[38]. Bástenos decir aquí que pese a que ese parece ser el único aspecto beneficioso que trae aparejado el uso de condiciones generales -y que por el otro lado el perjuicio que sufren los consumidores es considerable-, el legislador ha considerado conveniente su uso dentro de un modelo de libre mercado[39]. Por ese motivo, y para proteger a la parte débil de la relación –pues no debe perderse de vista la función *negativa* de las condiciones generales-, ha optado por limitar y moderar su uso y no por prohibirlo. De esa manera se ha intentado asegurar una equilibrada tutela del interés de los empresarios por un lado y el de los consumidores por el otro[40].

Tener en cuenta esta decisión de política legislativa será de gran ayuda, como ya se ha dicho, a la hora de analizar e interpretar la regulación de las denominadas cláusulas de modificación unilateral pues, siguiendo similar rumbo, en algunos casos el legislador ha considerado positivo su uso -aunque con ciertos requisitos-, debido a las funciones que cumplen.

En efecto, al tratarse de un tipo particular de condición general, las cláusulas modificativas realizan en mayor o menor medida las funciones positivas antes reseñadas. Sin embargo, pensamos que puede advertirse que una de esas funciones es la que ha sido tenida especialmente en cuenta por el legislador a la hora de consentir en algunos casos su validez. Esa función puede incluirse a su vez en la primera de las arriba nombradas (permitir a la empresa contratar en serie) y no es otra que la de *dar agilidad y dinámica* al proceso comercial, al permitir introducir alteraciones en el contrato original sin recurrir nuevamente al consentimiento del adherente –por lo menos en principio y en sentido estricto-, lo que implicaría indefectiblemente una demora ya que debería consultarse por separado la voluntad de cada uno de los consumidores que hubieran celebrado el mismo tipo de contrato; a ello habría que sumarle la necesidad de seguir una determinada *forma* a través de la cual se debería plasmar el nuevo consentimiento (aunque, como se verá, las cláusulas modificativas no dispensan en todo

[38] Ibidem.

[39] Cfr. Alfaro, *"Las condiciones...", pág. 60 y nota Nº 92.*

[40] Como explica Augusto Morello, el cometido del derecho no puede ser simplemente el de ordenar la convivencia, partiendo de los términos en que aparezca establecida, sino que ha de ser la suya una tarea transformadora: para que quienes ocupan los planos inferiores no sucumban, es preciso que el derecho les otorgue una protección más intensa que la dispensada a quienes ocupan planos superiores (Morello, Augusto M., *"El abogado, el juez, y la reforma del Código Civil",* Ed. Platense, La Plata, 1979, pág. 35).

de ese requisito de los actos jurídicos sino que más bien lo atenúan. Véase *infra* Cap. XIII).

En materia jurisprudencial –en referencia a la actividad bancaria- se ha dicho en este sentido que la justificación de <la facultad de modificación unilateral atribuida a una de las partes de los negocios bancarios se apoya en la necesidad de que una actividad tan arriesgada como es la de intermediación del crédito, *pueda adaptarse con rapidez a los cambios* que se producen en la coyuntura y que afectan a las relaciones continuadas establecidas negocialmente entre bancos y clientes. La legislación española ha admitido estas facultades, pero sometiéndolas a determinados requisitos que tratan de compatibilizar el interés de los bancos a la adaptación de sus relaciones y los intereses de los clientes a la estabilidad de las relaciones contractuales que se pactaron en unas determinadas condiciones. Es decir, la facultad de modificación unilateral de un pacto con el cliente, pero rodeado de una serie de requisitos que tratan de proteger a éste…> (Sentencia del 14 de enero de 1999 del Juzgado de primera instancia n°6 de Palma de Mallorca; la cursiva es nuestra).

Pero si bien es cierto que las cláusulas modificativas agilizan y dinamizan el proceso económico en su fase de comercialización, también lo es que, al igual que el resto de las condiciones generales, llevan implícita la nota negativa de desequilibrar la relación entre empresa y consumidor. Este peligro, muchas veces consumado, ha sido el desencadenante de la intervención estatal en este tema. Rescatar el equilibrio que muchas veces se pierde como forma de defensa de quienes se encuentran en una posición débil y, a la vez, conservar las ventajas del uso de este tipo de cláusulas es el desafío que se presenta tanto al juzgador como al investigador[41]. Para ello el legislador ha diseñado, algunas veces de forma expresa y otras no tanto, una estructura de normas en la que aquellos deben indagar para lograr su objetivo. La acción de desentrañar el

[41] La Audiencia Provincial de Castellón ha establecido en forma expresa que el sistema normativo constituido por las Leyes de Defensa de los Consumidores y Usuarios y sobre Condiciones Generales de la Contratación, <exige el *justo equilibrio de contraprestaciones* [art. 10.1 apartado c)] y excluye expresamente las llamadas cláusulas abusivas, entendiendo por tales, entre otras, las no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato…>. En similar sentido se expiden la SAP de La Coruña de 26 de marzo de 1999 (Aranzadi Civil 1999, 3967) y de 27 de mayo de 2000 (Aranzadi Civil, 2000, 1708), la SAP de Vizcaya de 26 de julio de 2000 (Aranzadi Civil, 2000, 1922) y la SAP Asturias de 14 de noviembre de 2002 (Aranzadi Civil, Marzo de 2001, 1115) entre muchas otras.

sentido de las normas que regulan o pueden regular estas hipótesis debe estar enmarcada, como en todo el quehacer jurídico, por un sistema de valores en el que el Hombre sea el fin último y el Derecho un mero instrumento[42].

[42] Y ello no sólo –y sobre todo- porque lo sostenemos como profunda convicción sino también porque el mundo ha decidido positivizar esos principios después de presenciar impávido las más atroces masacres de su historia, a las que colaboraron algunas concepciones meticulosamente *puras* del Derecho. El artículo 51 de la Constitución española, que consagra la defensa de los consumidores y usuarios es, salvando las distancias con normas de contenido más trascendente, una muestra de aquélla decisión de entender al Derecho como una herramienta al servicio del Hombre, aunque podríamos enumerar una larguísima serie de instrumentos jurídicos de las más variadas jerarquías que positivizan ese principio.

III.- LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS

3.1. Aproximación y precisiones terminológicas.

El contrato es definido como el acuerdo de voluntades destinado a reglar derechos[43]. La contracara de esos derechos son las obligaciones que las partes asumen recíprocamente. Como reza el adagio –*pacta sunt servanda*- los contratos se pactan para ser cumplidos.

Este principio, con origen en la más clásica teoría de los contratos, es aplicable, *mutatis mutandi*, a los denominados contratos de adhesión. Y en ello no hay nada que deba sorprendernos pues los contratos de adhesión comparten -si bien con sus matices- la misma naturaleza contractual.

Sin embargo, y como es sabido, el principio de que los contratos deben cumplirse en los estrictos términos en que se han pactado ha evolucionado ya desde antiguo. Esa morigeración ha tenido su origen en el propio Derecho Romano con la aparición, entre otros, del instituto de la *novatio* que en aquellas épocas vino a posibilitar una modificación del, hasta ese momento, rígido concepto de contrato[44].

Esa atenuación, y sin perjuicio de la conservación del principio, se ha ido acentuando con el correr del tiempo. La novación, como modernamente se la conoce, y la aplicación de la denominada cláusula *rebus sic stantibus*[45] son ejemplos de ello.

El denominador común de estos nuevos institutos lo constituye la conveniente posibilidad de modificar lo inicialmente pactado, ya sea convencionalmente o vía judicial como consecuencia de un imperativo de justicia (legalmente positivizado o no[46]).

---

[43] A pesar de su inconveniencia el Código Civil argentino define a los contratos en su art. 1137: "Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos."

[44] Incluso la propia *novatio* tuvo en un primer momento fuertes rasgos formalistas que dejaban en un segundo plano a la auténtica intención de las partes. Véase Salvat, Raymundo M., *"Tratado de Derecho Civil Argentino. Obligaciones en General"*, Sexta Edición, T. III, Buenos Aires, 1956; García De Marina, M., *"La Novación",* Serlipost, Barcelona, 1993.

[45] Para un estudio en profundidad de esta y de las demás teorías que se han elaborado para analizar el problema de la modificación del contrato pueden verse Fernández Hierro, J. M., "La Modificación del Contrato", *Aranzadi, 1992*; y en una obra mucho más reciente y conteniendo un estudio jurisprudencial del tema, Martínez Velencoso, L. M., *"La alteración de las circunstancias contractuales"*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

[46] En efecto algunas legislaciones han introducido una regulación expresa de las causas que pueden desencadenar una modificación contractual. Es el caso del código Civil italiano de 1942 que avanza en el

La posibilidad de alterar el contenido del contrato haciendo uso de las mismas voluntades que le dieron origen será la materia de nuestro estudio en las siguientes páginas, haciendo particular hincapié en el estudio comparativo de la denominada novación extintiva y en la mera modificación o novación modificativa de las obligaciones.

Antes de adentrarnos en ello resulta necesario esbozar un concepto técnico de "novación modificativa" para saber a qué nos estamos refiriendo. Para ello debemos aclarar previamente que sólo nos referiremos a la modificación objetiva del contrato, es decir que dejaremos de lado las alteraciones que pueden producirse en los sujetos que intervienen en una relación jurídica contractual (la denominada novación subjetiva).

En el Derecho español la regulación específica de la novación se encuentra contenida por el art. 1203 y ss. del Código Civil. La ambigüedad terminológica con que se ha legislado el instituto (el art. 1203 empieza afirmando que "las obligaciones pueden *modificarse…*") ha amenazado con introducir también una confusión conceptual, entremezclando los conceptos de *novación*, de carácter eminentemente extintivo, y *mera modificación* o novación modificativa. La doctrina y la jurisprudencia se han visto obligadas a plantear en reiteradas oportunidades este asunto. En la actualidad la cuestión parece zanjada, y la opinión mayoritaria se inclina por reconocer la existencia de la novación extintiva y de la mera modificación en el Derecho español aunque distinguiéndolas claramente y separando la regulación de ambas[47].

---

tratamiento de la imposibilidad sobreviniente (arts. 1463 a 1466 sección segunda) y la excesiva onerosidad (arts. 1467 a 1469 sección tercera). En España por el contrario no encontramos en el Derecho del Estado central una regulación legal expresa sobre estos supuestos, aunque la jurisprudencia ha efectuado la aplicación de las diversas teorías –con distinta intensidad- basada en los principios generales como se observará *infra* en el texto. En el Derecho Foral, en cambio, encontramos una regulación expresa del tema en la Ley 493 de la Compilación Foral Navarra.

[47] Gutiérrez Santiago *("El consentimiento de las partes en la novación objetiva de la obligación",* Universidad de León, Secretariado de Publicaciones, 2000; sostiene que la indiscutible posibilidad de *modificar* las obligaciones tiene su fundamento en el principio de autonomía de la voluntad y no en el instituto de la novación. La novación -afirma- <es siempre extintiva, y resulta un contrasentido hablar en rigor de novación modificativa o *impropia* (calificativo que es ya un indicio de que no se trata de una verdadera novación)". En similar sentido se expresan Cristóbal Montes, A., "*La llamada novación modificativa en el Derecho civil español",* para quien la novación modificativa resulta un concepto insulso innecesario y equívoco, en Temis n° 33-36, año 1973-1974, editada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza; Gete Alonso y Calera, María del Carmen, "Apuntes para una explicación de la modificación y novación de la relación obligatoria", en *"Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*", AA. VV., Universidad de Murcia, Secretariado de Publicaciones, Murcia, 1989; Doménech Salvador, Adela M., Comentario a la STS de 28 de mayo de 1996, Revista General de Derecho, año LII, N° 625-626, oct.-nov. 1996, pág. 11443 y ss.. En contra de esta opinión Reyes Monterreal, J.Ma., ("Esencia de la Novación", *Revista Jurídica de Catalunya, N°5, sept.-oct. 1960, pág. 605*), quien sostiene que el efecto propio de la novación es la modificación y no la extinción total del vínculo. Aunque como puede observarse la doctrina

Una cosa parece clara: cuando se pretende modificar algo, incluso un contrato, lo que se hace procura hacerse cuidando de no "tocar" la esencia de ese algo. Se alteran, pulen, se quitan o incorporan accidentalidades; de lo contrario no podría quedar indemne la esencia, y si eso ocurre el cambio dará como resultado algo tan nuevo que ya no será "lo mismo". Ya no podrá predicarse del objeto que "es" el que "era antes" pero con algún maquillaje nuevo o sin algunos de los adornos que lo ornamentaban. La conclusión es que el cambio debe permitir que la esencia, el corazón, permanezca, continúe[48].

Traducido a clave jurídica, y en particular a los contratos, lo que se intenta expresar es que para que exista "novación modificativa del contrato" (o mera modificación[49]) y no otra cosa, la alteración del contenido no debe afectar a los denominados elementos esenciales del contrato. Sin embargo, y como ya podrá adivinarse, esta declaración, que podría calificarse como precisa desde el punto de vista filosófico, si bien nos ayuda, lejos está de resolvernos los problemas que la práctica y la casuística jurídica presentan a diario. Es por ello que no pocos doctrinarios se han empeñado en diferenciar la "mera" modificación de la "sustitución" que provoca la novación extintiva. Y ese esfuerzo, nuevamente, no persigue un fin sólo teórico, pues de su resultado dependerá la aplicación de un sistema de normas que exige, dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad, una mayor manifestación de ella en la medida en que el cambio es de mayores dimensiones cualitativas.

En otras palabras, cuando se celebra un contrato el contenido del mismo queda constituido por un quantum de autonomía de voluntad de ambas partes. Si analizamos microscópicamente ese quantum de autonomía de voluntad veremos que en él hay porciones que son más importantes que otras; así, en una locación de servicios podremos ver que la determinación del servicio a prestar y del precio a pagar por él son

---

mayoritaria se inclina por la distinción y separación, la jurisprudencia –incluso la del Tribunal Supremo- continúa haciendo uso de aquélla terminología equívoca –aunque con base legal-. Un ejemplo de ello se puede ver en la propia STS de 28 de mayo de 1996 y en las sentencias que se citan en el fundamento de derecho Cuarto de la misma.

[48] Así lo entiende Doménech Salvador, Adela M., (Comentario a la STS de 28 de mayo de 1996, antes citado, pág. 11456), quien distingue la novación, a la que considera siempre extintiva, de la modificación, pues esta última <supone la subsistencia de aquello que es modificado>.

[49] Utilizaremos indistintamente las diferentes denominaciones que se utilizan para ambas figuras ya que, como se ha dicho, no hay acuerdo entre doctrina y jurisprudencia al respecto y por otra parte entendemos que aún en el desacuerdo es sencillo advertir cuando se hace referencia a uno u otro instituto.

mucho más importantes (esenciales) que, por ejemplo, el lugar donde se debe efectuar el pago, que representa una parte de autonomía de voluntad mucho menor (accidental), cualitativamente hablando. Ese aspecto interno del negocio ya objetivizado también es observable en las intenciones y conductas de cada una de las partes al celebrar el contrato. La primera evidencia de que algunas porciones de la voluntad declarada son más importantes que otras la constituye el hecho de que el Derecho Dispositivo sólo suple a las segundas (las "menos" importantes), a las que precisamente las partes pueden dejar sin reglar de forma expresa, dejando las primeras (esenciales) al libre arbitrio de las partes, que necesariamente deben incluirlas bajo pena de nulidad (siempre que no puedan valer como otro negocio cuyos elementos esenciales sí estén reunidos).

La exigencia de requisitos para alterar el negocio original será mayor a medida que el cambio afecte a lo más esencial del negocio y menor cuando la alteración sea menos intensa, porque lo que se pretende es precisamente resguardar la autonomía de la voluntad. Asegurar que ese cambio es tan querido como lo fue inicialmente el negocio original que ahora se altera es el objetivo legal. Si se altera mucho (cualitativamente hablando), mucho se exige para probar la común voluntad de hacerlo; si se altera poco, menor será la exigencia de demostración de la voluntad común en ese sentido.

3.2. Diferencias entre novación modificativa y novación extintiva.

No parece casual que tanto en la doctrina y jurisprudencia españolas como en otras -la argentina, por ejemplo-, se haya definido a la modificación de los contratos teniendo siempre en vista a la novación, y en particular a la denominada novación objetiva. Los autores, en su intento por delimitar el concepto del negocio novativo demarcan también, por exclusión, el de la mera modificación. Los supuestos que no constituyen novación objetiva terminan siendo *sólo* una modificación. Ello se debe también a que los distintos Códigos decimonónicos se han abstenido de regular expresamente a la modificación, probablemente por haberlo considerado innecesario

sus redactores en aquellas épocas o suficientemente cubierto con las directivas que surgen de la regulación de la *novatio*.

Pero si bien la descripción del *iter* para diferenciar la novación de la modificación es simple, recorrerlo con éxito no es cuestión fácil. La exégesis de los artículos 1203 y 1204 del Código Civil encierra la clave para establecer si en un caso concreto estamos ante una novación objetiva o ante una modificación[50]. Sin embargo ha resultado -y resulta aún hoy- muy difícil determinar con precisión y con algún grado de acuerdo, los criterios a ser utilizados para ese propósito. Esta dificultad con la que han chocado la doctrina y la jurisprudencia ha tenido distintos grados y matices en los diversos países en los que se ha presentado dependiendo, en gran medida, de la mayor o menor claridad y acierto con que el legislador ha regulado el instituto de la novación. Un ejemplo de ello lo constituye la redacción por parte del codificador español de los ya mencionados artículos 1203 y 1204 del Código Civil, que no pocos autores han calificado como confusa o, por lo menos, poco clara [51].

Esa dificultad no ha impedido, sin embargo, que grandes maestros se embarcaran en el análisis e interpretación de estas dos instituciones jurídicas, una de las cuales antes relegada, la modificación, parece haber venido a reclamar un lugar en el contexto del Derecho Contemporáneo. Esta nueva y más importante función que observamos para la modificación creemos advertirla, entre otros ámbitos, en la relativamente nueva legislación sobre Condiciones Generales de la Contratación, no sólo apreciable en España sino en la gran mayoría de los países en los que se practica el comercio masivo de productos, que en estos tiempos abarca a casi todo el globo. El detalle con que la modificación ha sido prevista en esos diferentes lugares ha quedado a criterio del legislador, quien en algunos casos ha considerado prudente introducir una regulación pormenorizada y en otros ha preferido introducir sólo directivas orientadoras [52].

---

[50] Véase, por todos, Albaladejo, Manuel, *"Derecho Civil II - Derecho de Obligaciones",* Vol. 1°, pág. 273 y ss..

[51] Entre otros, María Ysas Solanes, "La Modificación unilateral de las obligaciones", en *"Centenario del Código Civil"*, T.II, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Editorial Centro de Estudios Ramón Aredes, Madrid, 1990; Cristóbal-Montes, "La llamada novación modificativa en el Derecho español", en RCDI, 1973, pp. 1.167 y ss..

[52] Así por ejemplo, la legislación Argentina aún no incluye una regulación general expresa de ese aspecto particular del Derecho de Consumo ya que la Ley de Defensa del Consumidor 24.240 solo contiene normas de carácter orientador para el juzgador. Una referencia expresa de la llamada modificación unilateral se encuentra acogida de forma expresa en la Ley 25.065 de Tarjetas de Crédito, mientras que en España,

La causa de este nuevo estado de cosas parece ser, una vez más, la incesante transformación de la realidad, el continuo cambio de la sociedad y de sus necesidades. Y es también esta nueva realidad la que hace útil y necesario desempolvar y redescubrir la maquinaria que mueve a la *modificación*, con las innovaciones que fueren necesarias para actualizarla y darle utilidad. No se trata de un mero ejercicio intelectual, pues entender adecuadamente su funcionamiento se traducirá en un aprovechamiento de tiempo y esfuerzos que redundará, a su vez, en beneficio de quienes viven –y a veces sufren- día a día el Derecho.

3.2.1. Criterios.-

Antes de adentrarnos en este tópico parece recomendable insistir en la aclaración terminológica antes esbozada. En ese sentido señalaremos que, probablemente en base a la literalidad de las normas que se analizan (art. 1203 y ss.), la mayoría de los autores han denominado como "novación modificativa" a la que nosotros hemos venido llamando aquí como modificación a secas. Se trata, como se ha dicho, de una cuestión terminológica que no encierra ningún problema conceptual y se la hace notar para advertir al lector sobre la equivalencia de los términos *novación modificativa* y *modificación* en este trabajo.

Como se ha señalado antes, el concepto y la fisonomía de la modificación puede encontrarse en la diferencia de ésta con la novación. En otras palabras, una vez delimitado el concepto de novación (extintiva) descubriremos ante nosotros el de modificación, por exclusión o descarte.

Para establecer cuándo estamos ante una novación y cuándo ante una mera modificación la doctrina y la jurisprudencia han elaborado una serie de criterios a tener en cuenta.

3.2.2. El art. 1204 del Código Civil español.-

como en la UE en general después de la Directiva 13/93, existe una regulación más detallada, como la que se puede observar en algunos de los apartados del art.10 bis de la LGDCU.

La ley establece dos parámetros para determinar si estamos frente a una novación. El artículo 1204 del Código Civil español dispone: "para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya, es preciso que así se declare terminantemente, o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles."

Existen por tanto dos alternativas: 1) que las partes manifiesten "terminantemente" su voluntad de novar o 2) que exista una total incompatibilidad entre la obligación originaria y la nueva[53].

Debe señalarse que la doctrina es conteste en destacar que en ambos casos existe el denominado *animus novandi*, es decir, la voluntad de las partes de novar, de extinguir la primera obligación y reemplazarla por la nueva. La diferencia entre uno y otro caso radica en que mientras en el primero esa intención es inequívoca, en el segundo esa voluntad es inferida de la incompatibilidad entre ambas obligaciones[54].

Vamos a analizar los dos supuestos.

1) Declaración terminante de novar:

Cuando las partes han convenido en extinguir, y por tanto dejar sin efecto, a la primitiva obligación y reemplazarla por una nueva, y además ese acuerdo no deja lugar a dudas, pocos son los problemas que pueden plantearse al respecto[55]. Se tratará de un

[53] Señala Gutierrez Santiago, "*El consentimiento de las partes en la novación objetiva de la obligación"*, Universidad de León, 200, p.91, respecto de esta doble posibilidad que "para unir ambas posibilidades (la declaración terminante y la incompatibilidad) el art.1204 emplea la conjunción disyuntiva "o". Basta, pues, lo uno o lo otro, si bien nada se opone, como observa Hernández Gil ("*Derecho de obligaciones",* en *Obras Completas,* T.3, 1988, p. 541) a que "en el acontecer real puedan presentarse conjuntamente. No tienen que concurrir, pero son perfectamente compatibles".

[54] Observa Gutiérrez Santiago, *ob. cit., pág. 90-91* que algunas sentencias "declaran textualmente que el *animus novandi* ha de constar de una forma *´expresa´*; y aunque con este tenor parecen restringir la manifestación de la voluntad novatoria al caso de su "declaración terminante" (al que se refiere el art. 1204, primer inciso CC), del espíritu de dichos pronunciamientos judiciales se desprende que en realidad no se trata más que de una dicción terminológica errónea para expresar que el *animus novandi* ha de ser *claro e inequívoco,* pero no necesariamente expreso, siendo también admisible… la voluntad tácita derivada de la incompatibilidad entre la primitiva y la nueva obligación."

[55] Cfr. Gutiérrez Santiago, op.cit., pág. 94. Ha sostenido el Tribunal Supremo que si la voluntad de novar extintivamente debe quedar acreditada sin ningún tipo de dudas <cuando las partes introduzcan alguna alteración en la obligación y exista duda acerca de su eficacia, ha de suponerse querido el efecto más débil, que es la mera modificación de la obligación y no su extinción" (STS de 22 de octubre de 1990, RJ 8033).

claro supuesto de novación que será regido por las reglas de ese instituto. Esta posibilidad es la que prevé el primer inciso del art.1204.

Sin embargo la doctrina se ha planteado un supuesto en que, pese a estar terminantemente declarada la voluntad novativa de las partes, se presenta un caso en el cual surgen inconvenientes para considerar al negocio concertado como una auténtica novación. Se trata del supuesto en que la alteración es tan "pequeña" que no puede tratarse de otra cosa que de una mera modificación. El profesor Albaladejo M. lo pone de relieve afirmando que si bien las partes son libres de construir un caso concreto como novación o como modificación, lo que no pueden hacer "-porque iría contra la naturaleza de las cosas- es…: 1° Realizar una novación extintiva en un caso en el que el cambio que se establezca sea tan exiguo que *objetivamente* excluya la posibilidad de pensar que se está frente a *otra* obligación (pues es sólo la anterior con un ligero retoque). 2° Establecer una novación *modificativa* cuando la antigua obligación y la nueva sean de todo punto incompatibles; pues, entonces, la naturaleza de las cosas (además, art. 1204, *in fine*), implica novación extintiva, y lo único que las partes pueden hacer, si no quieren extinción, es llevar a cabo un cambio menos trascendental"[56].

La "naturaleza de las cosas", como el profesor Albaladejo la llama, se transforma en un límite del sentido común a la autonomía de la voluntad, que a su vez es receptado como un límite por el sistema jurídico.

Es conveniente señalar además que, pese a que la norma citada exige para este supuesto de novación que la declaración sea *terminante*, ello no quiere decir que esa declaración deba efectuarse revestida de determinadas formalidades, como ocurría en el Derecho Romano[57]. Simplemente se requiere que no queden dudas respecto de la intención de extinguir una obligación para reemplazarla por otra.

Después de lo expuesto puede concluirse, a *contrario sensu,* que **existirá una mera modificación en el contenido del negocio –o novación modificativa- cuando la voluntad de novar no sea terminante en ese sentido o, siéndolo, la naturaleza de las cosas imponga que se ha tratado de una modificación**[58].

---

[56] Albaladejo, M., "*Derecho Civil",* T II, Vol.1°, 5ta. Ed, 1980, pp. 326.
[57] García de Marina, *op. cit, pág. 3.*
[58] Esta es la postura del Tribunal Supremo y la que seguimos en este trabajo. Pueden verse al respecto SSTS de 15 de diciembre de 1889, de 7 de marzo de 1986 (Revista La Ley española, 1986-2, n° 6324), Sentencia de 16 de diciembre de 1987 (Rev. La Ley española, 26 de abril 1988, n° 10167-R), entre otras

2) La incompatibilidad entre la antigua y la nueva obligación:

El otro criterio utilizado por el legislador español para delimitar cuándo estamos frente a una novación consiste en establecer si la nueva obligación es *de todo punto incompatible* con la antigua. En ese caso habrá novación. Sin embargo, y como ya afirmaba Giorgi, "*incompatible* está pronto dicho; el problema consiste en alcanzar el concepto de esta palabra y aplicarlo felizmente en los muchos casos dudosos"[59].

En la búsqueda de una solución a ese problema interpretativo, afirma Gutiérrez Santiago que frecuentemente tanto la jurisprudencia como muchos autores han acogido la opinión de Valverde, quien entendía que "*la incompatibilidad significa que la segunda obligación contenga un cambio tan profundo y sustancial en comparación a la primera, que no permita considerarla como simple modificación de la obligación precedente"*[60], de esta manera –continúa Gutiérrez Santiago- la incompatibilidad que exige el art. 1.204 presupone la alteración del núcleo fundamental de la obligación, de algún elemento de la misma que sea imprescindible para su existencia; de modo que la obligación deja de ser lo que era, se extingue, y en su lugar nace una nueva que la sustituye[61].

3.2.3. Conclusión.-

No obstante, y si bien el punto de vista adoptado ayuda, no soluciona el problema en su totalidad pues de lo contrario no se entendería la diversidad de soluciones a que los tribunales han arribado en casos similares por lo que siempre será aconsejable recurrir a la casuística y al análisis del caso concreto.

En algunas oportunidades ni siquiera un estudio inductivo que parta de las resoluciones de los órganos jurisdiccionales puede ofrecer al investigador un criterio

muchas. Puede verse también el estudio jurisprudencial hecho por Castán Tobeñas *("Derecho Civil español Común y Foral"*, Tomo III, Derecho de Obligaciones, Reus S.A., Madrid, 1978, pág. 417 y ss.).

[59] Giorgi, Jorge, *"Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno",* T.VII, p.464, traducida de la séptima edición italiana y anotada con arreglo a las legislaciones española y americanas, por la Redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Hijos de Reus Editores, Madrid, 1.912.

[60] Gutiérrez Santiago, *op. cit. pág.96.*

[61] *Idem.*

unívoco, ya que la variabilidad del resultado para casos que pueden ser considerados en principio como similares impide valorar como adecuado a ese método. Pero en las circunstancias antes descriptas, en las que los resultados no responden a un único criterio, cualquier método fallaría si lo que se intenta es demostrar que existe una sola solución. Sin embargo, si se acepta que si bien los resultados y los criterios son más de uno pero que no obstante ello es posible descubrir a uno de ellos como el más frecuente, entonces el análisis no habrá sido en vano pues esa conclusión servirá de guía, a modo de regla general, en el estudio de cada caso particular. Eso es lo que puede observarse en cada uno de los supuestos analizados: un criterio que sirve de guía y, frecuentemente, de regla general que, en algunos casos y por diversos motivos, puede verse alterado.

En el ánimo de encontrarle a lo anterior una consecuencia positiva, puede decirse que el hecho de que no exista una única y rígida solución para todos y cada uno de los casos que se presenten conlleva la ventaja de que el juzgador no se encuentra atado a la hora de tomar una decisión justa. De esa manera puede sopesar sin mayores ataduras las circunstancias del caso y resolver en consecuencia.

3.3. Diferencia con la denominada modificación unilateral.-

Como hemos podido ver, más allá de las diferencias que hay entre la novación objetiva y la mera modificación, existe entre ambas una nota común: para que se produzcan es necesario el consentimiento de ambas partes. Esa nota resulta evidente en la novación pues en ella la voluntad de novar debe ser *terminante*, pero también está presente, como venimos viendo, en la mera modificación aunque en este caso la común declaración de voluntad se inclina hacia la simple alteración de la obligación y no a su reemplazo.

Las notas que diferencian uno y otro instituto tienen que ver con los aspectos objetivos del negocio (cambio de objeto, causa, etc.) o con el sentido que se le adjudica al consentimiento (novativo o modificativo) pero no con su presencia, que siempre se requiere ya que <sólo así tiene lugar la perfección del contrato de novación>[62]. En otras

[62] Gutiérrez Santiago, P., *op. cit., pág. 66-67.*

palabras, nos interesa dejar en claro que tanto en la novación objetiva como en la novación modificativa el consentimiento de ambas partes es un requisito que no puede faltar, mientras que en la llamada "modificación unilateral" la declaración de voluntad o acuerdo del adherente en ese sentido no aparece, como se verá en profundidad *infra*. En este orden de ideas el Tribunal Supremo ha expresado que <si existió autorización no hay duda de que se produjo una novación modificativa del contrato de obra originario, el pago de las certificaciones no pueden tener sólo el significado de acto de cumplimiento de una obligación; al pagar voluntariamente durante nueve certificaciones una cantidad que supera en más de 50 millones el presupuesto de la obra sin ningún tipo de reclamación durante tanto tiempo, es racional y no arbitrario deducir que consiente en el aumento de la misma> (STS 26 septiembre 2001, La Ley 2001, 7733). También ha sostenido el Tribunal Supremo que <es constante y reiterada doctrina de esta Sala la de que *la novación, sea modificativa, sea extintiva, nunca se presume, ni puede inferirse de meras deducciones o conjeturas, debiendo constar de modo inequívoca la voluntad de novar*>[63].

Esa es la nota que a nuestro criterio diferencia a estos negocios de la llamada modificación unilateral de contratos con condiciones generales, donde no hay consentimiento en el sentido clásico, no hay acuerdo de voluntades para llevar adelante la alteración. En efecto, esta conclusión no debe sorprendernos si tenemos en cuenta que esas cláusulas forman parte, precisamente, del clausulado general y una de las características de éste es su *imposición* por parte del profesional[64].

---

[63] En el mismo sentido pueden verse las sentencias del TS de 10 de febrero, 31 de marzo y 2 de junio de 1990 (Repertorio de Jurisprudencia 1990, 675, 1742 y 4724), 25 de enero y 21 de noviembre de 1991 (RJ 1991, 319 y 8476), 16 de julio de 1992 (RJ 1992, 6615) y 2 de febrero y 29 de marzo de 1993 (RJ 1993, 791 y 2537), entre muchas otras.

[64] Se trata de uno de los caracteres más notorios de las condiciones generales; el adherente no puede evitar la aplicación de las mismas siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate. Al respecto afirma Stiglitz (*"Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor",* Depalma, Buenos Aires, 1985, pág. 51) que el adherente se halla en estado de compulsión, del cual no puede sustraerse, pues necesita del bien o servicio que presta el predisponente, y si quiere adquirirlo debe "aceptar" el clausulado predispuesto. Para el adherente no hay más opciones que esas: o acepta el clausulado como el predisponente lo presenta o no contrata. Pero ni siquiera esta opción es tal desde que se tiene en consideración que en muchas ocasiones el consumidor pretende adquirir bienes o servicios necesarios o que por lo menos revisten ese carácter en la sociedad moderna. Entonces el consumidor pierde ahora todo tipo de libertad jurídica; ya había perdido la de configuración (imposibilidad de negociar el clausulado) y ahora pierde también la libertad de conclusión, por lo menos en el sentido que queda expuesto. Alfaro (*"Las condiciones…", pág. 128-29*) explica que lo que hace pensar que no hay libertad contractual en la adhesión no es que el adherente sólo pueda optar entre contratar o no contratar, sino

Esta fundamental diferencia nos plantea una serie de interrogantes: ¿es posible que no existiendo *acuerdo* entre las partes pueda modificarse un contrato?; si eso es posible ¿qué justificaciones tiene esa desviación de las reglas generales, cómo opera y bajo qué requisitos?. Intentaremos elaborar las respuestas a estas preguntas en las páginas siguientes.

que <la *renuncia a contratar no sea una alternativa razonablemente disponible* porque no pueda dirigirse a otros empresarios <seleccionando> mejores condiciones>.

IV. LA POSIBILIDAD DE MODIFICAR UNILATERALMENTE CONTRATOS

4.1. Visión desde la doctrina clásica de los contratos.

Como ya se ha expresado con anterioridad, en el Derecho Romano los contratos se celebraban para ser cumplidos (*pacta sunt servanda*) y no cabía la posibilidad de modificarlos mientras tenían vida jurídica. En ese sentido expresa García de Marina que "en el Derecho romano la obligación se ofrecía con un carácter totalmente invariable, no pudiéndose introducir en ella modificación alguna sin destruir el vínculo"[65].

El espíritu pragmático de los romanos introdujo con posterioridad una serie de herramientas tendientes a solucionar la necesidad cada vez más acentuada de introducir cambios en las relaciones jurídicas trabadas con anterioridad. Entre esos instrumentos se encontraba la *novatio*. Sin embargo la novación tenía la virtualidad, en esa primera época, de reemplazar una obligación (que se extingue) por otra (que la reemplaza), y no de modificar a la que ya existía. Sólo con posterioridad a la época justinianea se llegaría a la admisión de la denominada "novación modificativa"[66].

En base a lo anterior podríamos afirmar que la modificación de los contratos, como tal, no tuvo aparición siquiera embrionaria en el Derecho sino hasta la Edad Media, época en la que los glosadores Bartolo y Baldo introdujeron la denominada cláusula *rebus sic stantibus* basándose, aparentemente, en un texto moral[67]. Y decimos "embrionaria" porque es sabido que lo que en realidad permitía la mentada cláusula en sus orígenes era la posibilidad de rescindir el vínculo contractual si se presentaba alguna de las causas que la justificaban, mas no su alteración. Sin embargo, más adelante en el tiempo, se ha morigerado esta facultad y los derechos modernos no otorgan al deudor esta facultad sin darle al acreedor la posibilidad de modificar equitativamente la prestación. En ese sentido el Superior Tribunal español ha entendido que "las facultades

[65] García de Marina, Manuel, *"La Novación: modificación y extinción de las obligaciones*", Serlipost, Barcelona, 1993, pág. 15.
[66] García de Marina, Manuel, *op. cit. pág. 17.*
[67] Cfr. Fernández Hierro, J. Manuel, "La Modificación del Contrato", *Aranzadi, 1992, pág.14.*

rescisorias que no siempre se otorgan, pueden enervarse por virtud de equitativas *modificaciones* ofrecidas por el demandado"[68] (la cursiva es nuestra).

Es menester hacer notar a esta altura que las modificaciones a las que venimos haciendo referencia, tanto cuando hablamos de la novación como cuando tratamos las modificaciones que el acreedor puede ofrecer al deudor que invoca la cláusula *rebus sic stantibus*, **tienen en común que para entrar en funcionamiento requieren del acuerdo de ambas partes contratantes**.

4.2. La evolución hacia la modificación. Planteamiento.

Si el tratamiento doctrinal de la modificación de un contrato jurídicamente perfecto mediante el acuerdo de ambas partes ha sido resistido, o por lo menos dejado prácticamente de lado durante mucho tiempo[69], la posibilidad de alterar su contenido mediante el concurso de la voluntad de una sola de las partes contratantes debería aparecer ante los ojos de la doctrina contractualista como un gran desacierto jurídico.

Ello debería presentarse de ese modo puesto que el contrato forma para las partes una regla a la que deben ajustarse como a la ley misma[70]. Esa fuerza vinculante que la ley otorga a los contratos surge, entre otras, de la libertad con que las partes concurren al acuerdo. Lo contrario, es decir, la determinación del contenido del negocio por uno solo de los contratantes, implicaría una imposición que no toleran las leyes[71] ni la Justicia. Es por ello que los diferentes códigos decimonónicos han sancionado con la nulidad a las condiciones puramente potestativas, o sea, aquellas que dejan al arbitrio

[68] Cfr. Puig Peña, F., *"Tratado de Derecho Civil Español",* Editorial Revista de Derecho Privado, T. IV, Vol. II, pág. 70 y nota correspondiente.

[69] Cfr. García de Marina, Manuel, *op. cit., pág. 11*, quien sostiene que "No existe en nuestro ordenamiento jurídico ninguna regulación de la modificación, como tal, de los contratos y la posibilidad de la misma ha sido parcamente tratada, cuando no omitida, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia."

[70] El art. 1197 del Código Civil argentino positiviza este principio estableciendo que "las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma". En sentido similar el artículo 1258 del CC español dispone que "los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces *obligan*, no sólo a lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley."

[71] La legislación española, entre otras, consagra de forma expresa este principio al establecer en el art. 1256 del Código Civil que "la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes".

de una de las partes la facultad de cumplir o no cumplir la prestación sin más coerción que su propia voluntad[72].

Sin embargo es harto conocido que, desde hace ya bastante tiempo, algunas normas jurídicas, fundamentalmente referidas a la defensa de los derechos de los consumidores, incluyen en su articulado títulos referidos a la "modificación unilateral" de los contratos[73]. Si bien es cierto que en muchos casos hacen referencia a ella para terminar fulminándola con la nulidad, también lo es que en algunos supuestos este tipo de modificación es aceptada si cumple con algunos requisitos, como se viene adelantando y se verá *infra*.

Al descubrimiento de la lógica interna y de las normas que rigen este tipo de vicisitudes del negocio contractual nos abocaremos en los siguientes capítulos, delimitando el ámbito de su estudio a los contratos con condiciones generales de la contratación, que es donde ha tenido nacimiento como problemática jurídica y donde la debilidad de una de las partes involucradas -el adherente- hace más necesario su tratamiento.

Debemos dejar en claro, no obstante, que lejos de aceptar la posibilidad de modificar unilateralmente "a secas" un contrato, lo que hacemos con estas líneas es dejar planteada la posibilidad y, en todo caso, escudriñar la verdadera naturaleza jurídica de la realidad yacente.

4.3. Ámbito de aplicación de la modificación: contratos de tracto sucesivo o de ejecución diferida.-

Cuando hablamos de la modificación del contenido de un contrato, raya lo redundante señalar que uno de los requisitos que deben presentarse es que se trate de un contrato que si bien ha nacido a la vida jurídica, aún no se haya cumplido. En otras

[72] Así lo entiende Montés Penadés al señalar que "…el campo operativo de una condición potestativa se encuentra siempre constreñido entre los límites de permisión del artículo 1.256 del Código Civil." (Montés Penadés, Vicente Luis, en su análisis del artículo 1113 y siguientes del C.C., en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, T. XV, Vol. 1°, pág. 1049 y ss.).

[73] Ejemplo de ello lo son tanto la Directiva CEE 93/13 del Consejo, como las normas derivadas de ella en cada uno de los países de la Comunidad; también lo hace el Código Brasileño de Defensa del Consumidor, entre otras.

palabras, no podría hablarse de la modificación de un contrato que ya no es, que ya se ha cumplido. Egea Fernández observa, respecto de las cláusulas de modificación del precio, que el texto legal del art. 10 bis 7 de la LGDCU, parece presuponer un contrato de consumo de tracto sucesivo o que, aún siendo de ejecución instantánea, esta se difiera a un momento posterior a la celebración[74].

La fundamentación lógica de esta exigencia se encuentra, en opinión de Fernández Hierro, en que el contrato que no reúne tales características cuando se hubiera producido un cambio en las circunstancias originarias "está cumplido, ultimado y ejecutado y por tanto no debe volverse sobre el mismo"[75].

El Tribunal Supremo ha exigido este requisito ya en sentencia de 6 de junio de 1959 (RJ, 3026), y aparece de modo más explícito en la de fecha 23 de noviembre de 1962 (RJ, 5005), donde se limita la aplicación de la teoría de la cláusula rebus sic stantibus únicamente <a los contratos a largo plazo o de tracto sucesivo y de ejecución diferida>. Si bien, como se observa, en estas sentencias el TS se ha referido a la modificación surgida de la aplicación de la cláusula rebus, la similitud entre ambos institutos –modificación y cláusula rebus[76]- y el hecho de que uno de los efectos de aquélla teoría sea precisamente la modificación del contenido del contrato nos permite transpolar las conclusiones del TS a la modificación.

También la jurisprudencia anglosajona ha entendido ya desde antaño que la frustración del contrato no afecta a los derechos ya adquiridos, y por tanto el tracto sucesivo o el diferimiento del cumplimiento son requisitos ineludibles para aplicar esa teoría[77].

[74] Egea Fernández, J., en *"Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación",* Aurelio Menéndez-Menéndez y Luis Díez-Picazo (Directores), Cívitas, Madrid, 2002, pág. 1069.
[75] Fernández Hierro, *op. cit., pág. 76*.
[76] Para una comparación entre estos dos institutos véase *infra* Capítulo XII.
[77] Krell vs. Henry (nota 26) y Tótem vs. Gamboa (nota 27), citados por Fernández Hierro, op. cit., pág. 76.

V.- MODIFICACIÓN UNILATERAL POR EL PREDISPONENTE

5.1. Posibilidad o antinomia: el supuesto fáctico.

Hasta aquí hemos dejado planteada la cuestión sobre si es posible o no jurídicamente modificar unilateralmente un contrato con condiciones generales de la contratación.

El título del presente parágrafo no es casual: ¿existe realmente esa posibilidad? o, en base a algunas de las consideraciones anteriores –sobre todo las referidas a la concepción clásica de los contratos- se trata de una antinomia de imposible realización por su propia naturaleza. Analicemos el supuesto de hecho y en base al mismo intentaremos esbozar una primera respuesta.

El supuesto fáctico, la realidad a la que están destinadas las normas jurídicas a las que nos referimos cuando hablamos de "modificación unilateral" se presenta a diario y consiste en lo siguiente: una persona –cualquiera de nosotros- adquiere, por ejemplo, un servicio que puede consistir, a los fines de nuestro ejemplo, en un servicio de telefonía móvil. Dejando de lado los problemas que podrían suscitarse respecto de la regulación jurídica que rige el préstamo del equipo móvil -que es una modalidad comercial ampliamente utilizada en numerosos países-, nos centraremos en el análisis de las reglas y principios que gobiernan la prestación del servicio de telefonía móvil. Volviendo al ejemplo diremos a continuación que quien solicita el servicio –a la sazón consumidor- seguramente encontrará en el texto del contrato que la empresa le ha impuesto, entre otras, una cláusula que la autoriza a modificar unilateralmente –entre otros aspectos- el precio del minuto de la comunicación telefónica móvil. Algunos clausulados incluyen ciertos requisitos para que la modificación tenga lugar y otros no lo hacen –y ello cobrará relevancia cuando nos adentremos más en el análisis de estas cláusulas-, pero lo que nos interesa ahora es recalcar que este tipo de cláusula aparece a diario en la gran mayoría de los contratos con condiciones generales y reconocen este denominador común: permiten al predisponente modificar "unilateralmente" un aspecto del contrato.

5.2. La literalidad de las definiciones legales.

Uno de los indicios –si es que siendo tan obvio puede conservar ese carácter- que podría echar luz sobre la pregunta acerca de si es posible la existencia y validez de cláusulas de este tipo lo constituye la literalidad de las definiciones que ha utilizado el legislador en diversos países para referirse a ellas, y –como ya se dijo- no sólo para sancionar su nulidad sino también en algunos casos, y previo cumplimiento de una serie de requisitos, para concederles validez.

Un breve repaso por algunas de las legislaciones más afines a la cultura jurídica de raíz continental así lo demuestra: [78]

1) La ley española sobre Condiciones Generales de la Contratación de 13 de Abril de 1998 establece en su Disposición Adicional Primera (D.A.1ra.) Seis que "…tendrán carácter de abusivas al menos las cláusulas o estipulaciones siguientes: …2° La reserva a favor del profesional de facultades de… **modificación unilateral del contrato** sin motivos válidos especificados en el mismo…"[79].

2) Por su parte el denominado Código Brasileño de Defensa del Consumidor (Ley 8.078/1990) incluye en la sección que contiene las cláusulas que considera como abusivas a aquellas que "autoricen al profesional a **modificar unilateralmente el contenido o la calidad del contrato**, después de su celebración" (Art. 51, inciso XIII).

[78] Las disposiciones de la LCGC española, como las de otros países que se refieren en el texto y algunas otras, son tratadas en detalle infra en los capítulos especialmente destinados al efecto.

[79] Con similar espíritu, aunque sin utilizar los términos "modificación unilateral", la misma D.A.1ra. 6 en su apartado 7° determina el carácter de abusiva para la cláusula que prevea "la estipulación del precio en el momento de la entrega del bien o servicio o **la facultad del profesional para aumentar el precio final sobre el convenido**…". Del mismo modo la D.A. 1ra. 6, apartado 24 sanciona como abusivos a "los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados…". Todas estas disposiciones son tratadas en el presente estudio.

3) También la Ley alemana para la regulación del Derecho de las condiciones generales del negocio (AGB-GESETZ), en su artículo 10 punto 4, incluye dentro de las denominadas "cláusulas prohibidas con posibilidad de apreciación (por el juez)" a aquellas donde el negocio resulta especialmente ineficaz cuando importen "…el reconocimiento de **un derecho al predisponente de modificar la prestación prometida,** si dicha estipulación… no es razonable para la otra parte."

4) El artículo 1469 bis 3° n°11 del Código Civil italiano dispone que "si presumono vessatorie fino a`prova contraria le clausole che hanno per oggetto o per effetto di: …11) consentire al professionista di **modificare unilateralmente** le clausole del contratto, ovvero le caratteristiche del prodotto o del servizio da fornire, senza un gistuficato motivo indicato nel contratto stesso."

5) El Decreto-Ley portugués también efectúa una previsión similar en su artículo 22.1.c, en el que dispone que "Están prohibidas de acuerdo con el marco negocial, en particular, las condiciones generales que: …c) Atribuyan al predisponente el derecho a **alterar unilateralmente** los términos del contrato, excepto si existen razones atendibles que las partes hayan establecido."

6) En Francia la Ley 95-96, de 1° de febrero de 1996 sobre Cláusulas Abusivas establece en la letra *j)* del apartado 3 del Artículo L. 132-1 considera abusivas a las cláusulas que tengan por objeto o por efecto: "Autorizar al profesional a **modificar unilateralmente** los términos del contrato sin un motivo válido y previsto en el contrato."

Si la nomenclatura utilizada por esas legislaciones fuera empleada solamente a los fines de sancionar con la nulidad a los contratos que contuvieran ese tipo de cláusulas entonces no estaríamos ante un argumento que permitiera afirmar la posible validez de una modificación unilateral de un contrato. Sin embargo, y como puede observarse en la mayoría de los casos –incluida la Ley española de Condiciones Generales antes citada-

el legislador ha dejado bien en claro que las cláusulas que permitan al predisponente efectuar modificaciones unilaterales en los contratos pueden ser, en algunos casos y si se cumplen ciertos requisitos, perfectamente válidas[80]. Sobre este particular volveremos cuando abordemos los casos y los requisitos que en cada uno de ellos son necesarios para que esas mentadas modificaciones unilaterales puedan ser consideradas como válidas[81].

A modo de dato ilustrativo sobre la relevancia que ha cobrado en el universo del Derecho la inclusión de este tipo de cláusulas en los contratos con condiciones generales puede observarse que en legislaciones donde no aparece expresamente tratada esta problemática, la doctrina y la jurisprudencia se han ocupado de remarcar la importancia del tratamiento de las mismas, e incluso se han esbozado exégesis de normas de Derecho común contenidas por lo general en los Códigos Civiles a efectos de morigerar la falta de una regulación expresa. Es el caso de la Argentina, donde la Ley de Defensa del Consumidor 24.240 no prevé expresamente la nulidad de cláusulas como las que aquí están bajo estudio[82]. Sin embargo dos reconocidos autores en esta materia como los profesores Stiglitz han sostenido que el texto del artículo 37 de la norma argentina incluye elípticamente a este tipo de cláusulas cuando considera que "se tendrán por no convenidas: a) *las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones…"*. En ese orden de ideas los citados autores sostienen que "las cláusulas abusivas se caracterizan, entre otras razones, porque desnaturalizan (alteran, desfiguran) el vínculo obligacional…", y entienden que debe incluirse entre las cláusulas que producen ese efecto a aquellas que

[80] Ello sin perjuicio de que la terminología utilizada tanto por el legislador como por la doctrina (modificación *unilateral*) no nos parece adecuada, como se verá *infra*.

[81] Sólo el Código brasileño escapa a esa regla entre las legislaciones citadas, pues el art. 51 inciso XIII fulmina de nulidad a este tipo de cláusulas sin dejar espacio para considerarlas válidas si cumpliesen con determinados requisitos como en los demás casos. Una línea similar sigue la legislación uruguaya (Art. 31, inciso C).

[82] Ya se ha dicho que la única referencia legal a la modificación unilateral en Argentina se encuentra en la Ley de Tarjetas de Crédito, cuyo art. 14 inc. b) establece la nulidad de las cláusulas que *faculten al emisor a modificar unilateralmente las condiciones del contrato*. Al respecto expresa Roberto A. Muguillo (*"Régimen de Tarjetas de Crédito. Ley 25.065",* Ed. ASTREA, Bs. As., 1999, pág. 72 y 73) que ante este tipo de estipulaciones "no podemos hablar de acuerdo (como intercambio de voluntades) ni de obligación legalmente exigible.... Tales cláusulas exceden el calificativo de leoninas para romper con los límites de toda idea de igualdad y de negociación contractual."

atribuyan a favor del predisponente la posibilidad de alterar en algún sentido la obligación[83].

Nos parece importante recalcar, aún a riesgo de resultar repetitivos, que tanto las referencias de la terminología legal como de la doctrina al tema de la modificación unilateral de contratos con condiciones generales responde a la efectiva existencia de este fenómeno en el mundo del comercio de masas. En esa realidad encontramos, por un lado, que el predisponente ha descubierto una herramienta útil para incrementar sus beneficios agilizando el proceso en su etapa comercial; y por el otro lado observamos, *prima facie,* que el Estado considera como positiva esa función dentro del marco de la denominada economía de mercado, sin bien es cierto dentro de determinados límites, como ya se adelantara. Esa parece ser la razón por la que se ha optado por una regulación de tipo mixta, que por una parte declara como nulas (por abusivas) a este tipo de estipulaciones y, por otra, las consiente y declara válidas si se respetan ciertos parámetros.

Sin embargo y pese a que hemos llegado a la conclusión de que el fenómeno fáctico de la modificación de contratos con condiciones generales ciertamente existe, otra cosa es determinar si la denominación que se le ha dado es acertada desde un punto de vista técnico-jurídico. En otras palabras, nos preguntamos aquí si verdaderamente puede hablarse de una "modificación unilateral" del contrato. Para resolver esta cuestión debemos abordar el tema desde una doble perspectiva:

1) En primer lugar observamos que esa denominación no responde en puridad a lo que verdaderamente acontece en el terreno de los hechos ya que, como venimos afirmando, la mera voluntad del predisponente no basta para llevar a cabo la modificación del contrato sino que la ley exige el cumplimiento de determinados requisitos para validarla[84]. Esos requisitos están constituidos por acontecimientos que

[83] Gabriel A. Stiglitz – Rubén S. Stiglitz, *"Derechos y Defensa de los Consumidores",* Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1994, pág. 254 y ss..

[84] El estudio de esos requisitos se efectúa *infra*, especialmente en los apartados donde se analizan las diferentes Cláusulas en las que la LCGC trata el tema de la "modificación unilateral" (2da., 7ma., 23 y 24).

son del todo extraños a la voluntad del profesional[85] y por tanto mal puede decirse que la modificación tiene como única causa a aquélla.

2) En segundo lugar la locución "modificación unilateral de contratos" contiene en sí misma una contradicción de sus términos ya que, por un lado, la voz "contrato" implica un *acuerdo de voluntades* (más de una necesariamente), mientras que "modificación unilateral" nos da la clara idea de que no hace falta nada más que la voluntad de *una* de las partes –en este caso el predisponente- para alterar el contrato. La contradicción es clara: un negocio que en su origen necesita de la voluntad de ambas partes podría luego ser modificado por la decisión de una sola de ellas. Esa contradicción altera toda la lógica de la regulación de los contratos.

Proponemos zanjar la aparente antinomia de la siguiente manera: en primer término la locución "modificación unilateral de contratos" sólo es jurídicamente correcta cuando ella se utiliza en el ámbito de la invalidez y se refiere a cláusulas que, por haber previsto una alteración con base únicamente en la voluntad del predisponente, son *abusivas* y por tanto *nulas*. En estos casos podrían utilizarse los términos "modificación unilateral", pero debe hacerse la aclaración de que, pese a que la modificación pudo haberse producido *de facto*, el ordenamiento jurídico la destruye y por ende, en lógica jurídica, esa modificación no es válida. En el ámbito de la validez, en cambio, cuando la modificación tiene lugar esta no se produce "unilateralmente", sino que requiere la concurrencia de otros elementos, y es por esto que el uso de esa terminología es incorrecto a nuestro entender.

De lo que no caben dudas es de que una regulación de este tipo de práctica es a todas luces necesaria y por ello el marco regulatorio de este microsistema será lo que a continuación abordemos.

[85] En efecto, más allá de la teoría que se elija para sustentar el fundamento de validez de las condiciones generales, nos basta, para este punto, constatar que la voluntad del profesional no es el único elemento que se requiere para provocar la modificación del contrato.

5.3. Los momentos de la modificación.

Si bien la modificación de los contratos con condiciones generales siempre tiene lugar durante la vida jurídica de los mismos, pues como ha quedado señalado esta metodología es utilizada en contratos de *tracto sucesivo* o *de ejecución diferida*, una cuestión distinta es la referida a si el texto del propio contrato "autoriza" esa ulterior modificación o no.

Ciertamente el caso más común es aquél que se nos presenta cuando un predisponente intenta hacer uso de una cláusula de este tipo que se encuentra previamente redactada en el contrato de adhesión (modificación prevista *ab initio)*, lo que abre todo un abanico de posibilidades regulatorias e interpretativas. Sin embargo esa no es la única situación en la que puede presentarse un supuesto de modificación por parte del predisponente. En efecto, puede ocurrir –y ocurre- que el predisponente haya omitido incluir una cláusula que lo "autorice" a modificar determinado aspecto del contenido del contrato y, pese a ello, intente alterarlo o de hecho lo altere[86]. Si en la hipótesis del primer caso, donde por lo menos existe una cláusula escrita -aunque, como veremos, ese solo hecho no le concede validez- nos encontramos con una situación que pone en alerta al intérprete, en este segundo caso, en el que ni siquiera aparece escrita aquélla estipulación, la atención a la hora del análisis debe ser aún más aguda a efectos de sopesar con justicia los intereses que se encuentran en juego.

Nos encontramos entonces ante dos posibilidades:

A) que la modificación introducida por el predisponente se produzca amparada por una cláusula contenida expresamente en el texto del contrato o,

B) que la modificación tenga lugar sin que hubiera sido prevista en el texto del contrato.

A continuación trataremos separadamente a cada una de ellas.

[86] El análisis pormenorizado de ambos supuestos se efectúa en el Capítulo V del presente trabajo.

5.3.1. Modificación prevista *ab initio.*

5.3.1.1. El "consentimiento" del adherente.

Cuando la modificación se encuentra prevista de antemano en el texto del propio contrato de adhesión puede existir la tentación a sostener que en estos casos la alteración ha sido "consentida" -y por tanto aceptada- por el adherente, pues éste ha firmado el documento, y de ese modo soslayar la problemática que se esconde detrás de este tipo de práctica comercial. Esa opinión puede deberse fundamentalmente –como ya se ha dicho- a la pretensión de aplicar la teoría clásica de los contratos a una realidad que la ha superado, y dentro de ese razonamiento la causa puede hallarse en el significado que tradicionalmente se le ha otorgado socialmente a la firma de los documentos. Sin embargo esa creencia social y las reglas y principios jurídicos que la sustentaban (*signing is binding* y *parol evidence rule*) han sido trasladadas a los contratos de adhesión sin haber tomado en consideración su particular naturaleza.[87]

Nuevamente resulta oportuno y conveniente recordar en este punto del estudio, nuestra posición acerca de que el consentimiento del adherente sólo puede inferirse como tal en la medida que el mismo esté referido 1) a la prestación específica que se busca con la celebración del contrato de que se trate y 2) a los aspectos que hubieran

[87] Así lo sostiene Ballesteros Garrido, J.A. (*op. cit., pág. 153 y ss.)* al afirmar que "estas reglas, desarrolladas en el marco de relaciones individuales… han sido trasladadas sin matización alguna a los contratos de adhesión, sin tener en cuenta las diferencias materiales entre los supuestos en los que se originaron y los propios de esta nueva forma de contratación. Se pretende seguir aplicando ciegamente las reglas comentadas sin tener en cuenta que, ahora, el firmante, adherente, ya no tiene una posibilidad real de conocer o entender el contenido del documento que suscribe; que aunque lo conozca y entienda, no tiene una opción real y razonable de proceder de otra forma, de renunciar a suscribir ese documento, ya que no tiene una opción razonable de acudir a la competencia en busca de otro empresario que ofrezca unas condiciones distintas, lo que le incita justamente a no leer el documento que firma…". En sentido similar sostiene Alfaro ("Las condiciones…", pág. 77 y ss.) que "la doctrina contractualista equipara adhesión y consentimiento aplicando la regla <el que firma se obliga> (*signing is binding*)…" sin tener en cuenta que el comportamiento social en que se basaba esa validez -es decir, que los documentos antes de firmarse se leen- en el caso de las condiciones generales ha desaparecido y, consiguientemente, "el comportamiento en que consiste la firma ha dejado de significar lo que significaba".
Entre quienes han sostenido la tesis contractualista se puede citar a García Amigo quien defiende la aplicación de las reglas comentadas diciendo que "si el adherente no lee las condiciones que le ofrece la empresa peor para él, ya que el tráfico exige una determinada diligencia de todos los que en él intervienen." (García Amigo, M., *"Condiciones Generales de los contratos"*, pág. 32 y *"Teoría General de las Obligaciones y Contratos",* pág. 240-41).

sido objeto de especial acuerdo entre las partes, recordando que en este último caso deben ser especialmente tenidas en cuenta las circunstancias de cada caso en particular[88].

Esta postura se encuentra apuntalada en las legislaciones que regulan expresamente la modificación unilateral aunque, como ya lo demostráramos, recurren por lo general a la ficción de considerar en un primer momento como superado el control de inclusión (lo que implicaría la existencia de un cierto consentimiento) para luego fulminarlas con la nulidad (precisamente por falta de consentimiento).

Sin embargo también sostenemos esta posición en aquellas legislaciones que no cuentan con una previsión expresa en este sentido pues, por un lado existen imperativos de justicia que así lo demandan y, por otro, porque es sabido que el solo hecho de que un sistema normativo no cuente con una regulación expresa en una determinada materia no quiere decir que un caso en el que se presente un problema referido a ella no pueda ser resuelto. Muy por el contrario el juzgador se encuentra obligado a resolver; aunque en esos casos ciertamente debe realizarse un trabajo exegético que eche mano de otros recursos interpretativos que van más allá del mero análisis literal del texto legal[89].

Hecha esta salvedad debemos señalar que no es menos cierto que una reglamentación específica de este tipo de situaciones facilita en gran medida la labor interpretativa -sobre todo de los jueces- y despeja dudas sobre el marco normativo en el que se desarrolla el comercio de masas, atribuyendo derechos, deberes y obligaciones a los diversos actores del sistema. Por esta razón sería deseable que las legislaciones que aún no cuentan con este tipo de normativa la sancionasen en el corto plazo.

5.3.1.2. Casos previstos por distintas legislaciones. Delimitación.-

Llegados a este punto de la investigación nos parece conveniente proceder al análisis particular de cada uno de los casos referidos a la denominada modificación

[88] Vid *supra* apartado 2.1.

[89] Para un análisis de este tipo de interpretación en el Derecho argentino véase Stiglitz-Stiglitz *"Derechos y defensa de los consumidores"*, Ediciones La Rocca, Bs. As., 1994, pág. 251 y ss..

unilateral que se encuentran previstos en distintas legislaciones. Sin embargo, como no es objetivo de este estudio agotar la investigación de todas las legislaciones respecto de esta cuestión, basaremos nuestro análisis en la interpretación de las normas que nos proporciona la Ley de Condiciones Generales de la contratación de España. Ello no implicará en absoluto cercenar el ámbito de la investigación en este aspecto puesto que el mencionado plexo legal puede ser considerado como uno de los más completos en este punto. Las normas de carácter más disperso que encontremos en otras legislaciones o en la propia legislación española (que no se encuentren en la Ley de CGC) servirán para complementar y matizar los análisis y conclusiones que se extraigan de los supuestos previstos por aquélla y analizarlas comparativamente.

5.3.1.3. La legislación española.-

La Ley 7/1.998 de 13 de abril de 1998 de Condiciones Generales de la Contratación de España contempla entre su articulado una Disposición Adicional Primera mediante la cual modifica el artículo 10 de la Ley de 26/1.984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU). Esa disposición adicional introduce, como lo indica su primer párrafo, una serie de modificaciones en la LGDCU, a través de su apartado *Seis* enumerando y caracterizando a las cláusulas o estipulaciones que son consideradas como abusivas por el legislador español.

Del total de cláusulas o estipulaciones previstas por esta disposición (un total de veintinueve) hemos identificado cuatro que claramente, entendemos, tratan la problemática de las llamadas modificaciones unilaterales de contratos con condiciones generales. A ellas hemos agregado una referencia breve –pero necesaria- del párrafo penúltimo de la misma disposición que, pese a no revestir el carácter de inciso puesto que no se encuentra dentro de los veintinueve apartados que describen a las cláusulas o estipulaciones tenidas por abusivas, su texto establece un régimen de interpretación restrictiva de este tipo de cláusulas cuando las mismas se apliquen a la contratación de servicios financieros.

Huelga decir que si bien nos centraremos en el análisis de las normas antes señaladas, será indispensable a efectos de realizar una exégesis coherente, recurrir a la interpretación sistemática que tenga en consideración tanto las demás normas de la Disposición Adicional relacionadas con el tema, como las del ordenamiento jurídico en general que arrojen claridad sobre la cuestión[90].

5.3.2. Modificación sin previsión *ab initio*. Remisión.

Las modificaciones que el predisponente intenta introducir en el contrato celebrado con el consumidor aún sin haberlas previsto en el texto del mismo, son tratadas por razones metodológicas al final de este trabajo en el apartado XIII. A lo dicho allí nos remitimos.

[90] Esta modalidad interpretativa ha sido expresamente defendida por el Tribunal Supremo en sentencia de 24 de junio de 2002 (Repertorio de Jurisprudencia, 8062); en ella se ha señalado que, pese a que los artículos 1281 y 1283 del Código Civil sancionan el principio de interpretación literal de las cláusulas contractuales, los mismos <no vedan ni pueden vedar a los Tribunales de Instancia la posibilidad de llegar por un análisis conjunto y sistemático de varias estipulaciones determinantes de las recíprocas pretensiones de los intervinientes en el negocio jurídico, a fijar el alcance de tales prestaciones>.

VI. LA FACULTAD DE MODIFICACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO POR EL PREDISPONENTE

"Disposición adicional primera Cláusulas Abusivas.- ***A los efectos previstos en el artículo 10 bis, tendrán el carácter de abusivas al menos las cláusulas o estipulaciones siguientes:***

2da. La reserva a favor del profesional de facultades de… modificación unilateral del contrato sin motivos válidos especificados en el mismo,[…].

En los contratos referidos a servicios financieros lo establecido en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las cláusulas por las que el prestador de servicios se reserve la facultad de modificar sin previo aviso el tipo de interés adeudado por el consumidor o al consumidor, así como el importe de otros gastos relacionados con los servicios financieros, cuando aquellos se encuentren adaptados a un índice, siempre que se trate de índices legales y se describa el modo de variación del tipo, o en otros casos de razón válida, a condición de que el profesional esté obligado a informar de ello en el más breve plazo a los otros contratantes y éstos puedan inmediatamente resolver el contrato. Igualmente podrán modificarse unilateralmente las condiciones de un contrato de duración indeterminada, siempre que el prestador de servicios financieros esté obligado a informar al consumidor con antelación razonable y éste tenga la facultad de resolver el contrato, o, en su caso, rescindir unilateralmente, sin previo aviso en el supuesto de razón válida, a condición de que el profesional informe de ello inmediatamente a los demás contratantes."

6.1. Antecedentes.

Esta regla 2da. de la aludida Disposición Adicional Primera Seis encuentra su antecedente inmediato en los ordinales *f), g), j),* y *m)* del apartado 1 del anexo a la

Directiva 93/13/CEE[91]. Los cuatro supuestos que habían sido contemplados por la Directiva tienen en común que su consideración como cláusulas abusivas se deriva de que autorizan al predisponente a replantear de modo unilateral el alcance de su vinculación al contrato ya celebrado y que, en la mayoría de los casos, se encuentra en ejecución[92]. El segundo párrafo de la regla 2da. contiene tres excepciones que también tienen origen en la Directiva comunitaria [Apartado 2 del anexo, ordinales *a)* y *b)*][93], y que permiten considerar como válidas a este tipo de cláusulas cuando se encuentran insertas en contratos cuyo objeto está referido a servicios financieros. En cambio, la cláusula 2da., en lo referido a la reserva de facultades de modificación unilateral, no registra antecedente en la redacción original de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, pese a que, como coinciden numerosos autores, quizás sea más gravosa para el consumidor la modificación del contrato que su resolución, ya que en el primer caso no sólo se ve obligado a recibir una prestación que no desea, sino también a pagar por ella[94].

---

[91] El texto de los ordinales reseñados del Apartado 1 de la Directiva 93/13 es el siguiente: "*…f) autorizar al profesional a rescindir el contrato discrecionalmente, si al consumidor no se le reconoce la misma facultad, o permitir que el profesional se quede con las cantidades abonadas en concepto de prestaciones aún no efectuadas si es el propio profesional quien rescinde el contrato; g) autorizar al profesional a poner fin a un contrato de duración indefinida, sin notificación previa con antelación razonable, salvo por motivos graves; … j) autorizar al profesional a modificar unilateralmente sin motivos válidos especificados en el contrato los términos del mismo; … m) conceder al profesional el derecho a determinar si la cosa entregada o el servicio prestado se ajusta a lo estipulado en el contrato, o concederle el derecho exclusivo a interpretar una cualquiera de las cláusulas del contrato*".

[92] Recuérdese que ocasionalmente puede tratarse de un contrato de ejecución instantánea pero cuyo cumplimiento ha sido diferido, a los cuales también les son aplicables estas reglas conforme hemos concluido supra.

[93] El texto de las excepciones dispone: "*a) La letra g) se entiende sin perjuicio de las cláusulas por las que el prestador de servicios financieros se reserve el derecho de rescindir unilateralmente, sin previo aviso en caso de razón válida, el contrato de duración indeterminada, a condición de que el profesional esté en la obligación de informar de ello inmediatamente a las demás partes contratantes. b) La letra j) se entiende sin perjuicio de las cláusulas por las que el prestador de servicios financieros se reserve el derecho a modificar sin previo aviso, en caso de razón válida, el tipo de interés adeudado por el consumidor o al consumidor, o el importe de cualesquiera otros gastos relacionados con servicios financieros, a condición de que el profesional esté en la obligación de informar de ello en el más breve plazo a las demás partes contratantes, y de que éstas tengan la facultad de rescindir inmediatamente el contrato.*
La letra j) se entiende sin perjuicio también de las cláusulas por las que el profesional se reserve el derecho a modificar unilateralmente las condiciones de un contrato de duración indeterminada siempre que el profesional esté en la obligación de informar al consumidor con una antelación razonable, y de que éste tenga la facultad de rescindir el contrato."

[94] Cfr. Álvarez Olala, P, op. cit. pág. 856, quien cita a Rezzonico (nota 16) entre quienes sostienen esta postura; en sentido similar se manifiesta Ferrer Riba, J, Comentario a la cláusula 2da. Disp. Adic. Seis LCGC, en *"Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación",* Menéndez-Menéndez, Aurelio y Luis Díez-Picaso y Ponce de León (Directores), Civitas, Madrid, 2002, pág. 994.

Como se verá, el texto de la Cláusula 2da., resultante de la "refundición" de disposiciones y excepciones -para utilizar el término que emplea el Profesor Ferrer Riba-, constituye una especie de norma madre o regla general respecto de las facultades de modificación unilateral del predisponente. En efecto, y como ya se anticipara, la Disposición Adicional contempla, en referencia al tema de la modificación unilateral de contratos, otras cláusulas de carácter más específico (por ejemplo las núm. 7, 23, 24 y el penúltimo párrafo). Esto ha llevado a decir a algún autor que como consecuencia de ello, el texto sancionado adolece de una defectuosa técnica legislativa, y que aquellas cláusulas específicas no hacen más que duplicar (como mínimo) disposiciones que luego se repiten en la misma Disposición Adicional[95]. Nos permitiremos, sin embargo, disentir respecto de esta afirmación pese a que coincidimos con algunas de las demás críticas que se le achacan a la norma[96]. En efecto, y como ya lo hemos señalado anteriormente, nos parece más conveniente una regulación pormenorizada (que no tiene por qué incurrir en excesos) que lleve claridad y certeza a una porción del ordenamiento jurídico que, a nuestro criterio, la necesitaba con urgencia[97].

6.2. Regla general. Prohibición.

6.2.a) Fundamento de la prohibición.

[95] Así lo sostiene Miquel Rodríguez, en *"Comentarios a la ley sobre condiciones generales de la contratación",* (Arroyo Martinez, Ignacio y Miquel Rodriguez, Jorge, Coordinadores), Editorial Tecnos S.A., Madrid 1999. pág. 317.

[96] En ese sentido también Ferrer Riba (op. cit. pág. 990), sostiene que "el texto resultante de la refundición de todas estas cláusulas y excepciones incurre en solapamientos con otras reglas (cfr. la núm. 17 del propio listado); contiene redundancias (<motivos… que motivaron la celebración>); carece de rigor dogmático en el empleo de los conceptos (como el de validez, en las expresiones <motivos válidos>, <razón válida>) y presenta una redacción muy descuidada, en la que el amalgamamiento de cláusulas termina por generar dudas, que se hubieran podido evitar fácilmente, sobre el alcance de las excepciones <sin motivos válidos…> y <salvo por incumplimiento>."

[97] Es lo que todavía ocurre en otros ordenamientos jurídicos –como el argentino- donde la falta casi total de legislación específica respecto de cláusulas abusivas dificulta seriamente la actividad interpretativa, dejándose sin amparo los derechos de los consumidores respecto de este tipo de cláusulas, o por lo menos dificultando su protección, ya que hace necesario recurrir a interpretaciones basadas en el Derecho Dispositivo, donde no siempre hay acuerdo de opiniones.

La doctrina coincide en principio en que el fundamento de la prohibición para incluir cláusulas que permitan la modificación unilateral de los contratos mentada por la norma que comentamos, puede encontrarse en la denominada "interdicción de la arbitrariedad" en los contratos[98], principio que en el Derecho español se encuentra contenido en el art. 1256 del Código Civil.

El texto de ese artículo dispone que "*la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes*".

En el caso de que alguna de las cláusulas incluidas en un contrato con condiciones generales facultara al predisponente a efectuar modificaciones unilaterales en el mismo este podría prevalerse de ello para alterar alguno de los elementos del contrato, con la consiguiente afectación del necesario equilibrio de prestaciones que debe prevalecer en este tipo de relaciones jurídicas.

Por eso se ha entendido que el artículo comentado tiene carácter imperativo[99].

Sostiene Manresa en esa línea de pensamiento, que la terminante prohibición contenida en el artículo 1256 del C.C. se fundamenta por un lado en la fuerza obligatoria del contrato y por el otro en la esencial igualdad de los contratantes, lo que impide que sólo uno de ellos quede "sujeto al convenio y el otro libre de él, con lo cual en rigor sólo habría una voluntad expresada, un sujeto sometido y faltaría verdadero consentimiento"[100]. Se trata entonces de una norma de carácter imperativo[101]. El Tribunal Supremo ha sostenido que aceptar la validez de una cláusula que impone

---

[98] Véase, por ejemplo, Alvarez Olalla, Pilar, en *"Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación"*, Rodrigo Bercovitz Rodríguez Cano (Coordinador), Aranzadi Editorial, Navarra, 1999, pág. 857; Ferrer Riba, J, op. cit. pág. 993-94; Miquel Rodríguez, Jorge, en *"Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación"*, Ignacio Arroyo Martínez – Jorge Miquel Rodríguez (Coordinadores), Ed. Tecnos, Madrid, 1999, pág.318.

[99] Esa parece ser la postura del Tribunal Supremo en sentencia de fecha 7 de junio de 1995 (Repertorio de Jurisprudencia, 4632), en la que se considera nula una cláusula que facultaba a un profesional a modificar unilateralmente una obra ya que ello colisionaría con el art. 1256 CC. También la SAP Baleares 18-2-1998 (El Derecho, 5312) considera contraria al art. 1256 CC una cláusula que facultaba a una compañía de transporte aéreo de pasajeros a efectuar modificaciones en los horarios de los vuelos sin previo aviso.

[100] Manresa y Navarro, José María, *"Comentarios al Código Civil español"*, T. VIII, Vol. II, 5ta. Ed., Instituto Editorial Reus, Madrid 1950, pág. 304.

[101] También es de la opinión de que el art. 1256 reviste carácter imperativo Miquel Rodríguez (*op. cit., pág. 318*). En ese sentido considera que la regla 2da. analizada contiene "un principio estrechamente vinculado con el mencionado 1256 CC. No añade, en consecuencia, nada nuevo a nuestro ordenamiento.". Respecto de la afirmación sobre que la mentada regla no agregaría nada nuevo al ordenamiento jurídico español téngase en cuenta nuestra opinión en sentido contrario ya expuesta en el texto.

aumentos en contra de la voluntad del comprador "representaría dejar al arbitrio del vendedor su imposición, así como el señalamiento de su cuantía, en contraposición a lo previsto por los artículos 1.256 y 1449 del Código civil." (Repertorio de Jurisprudencia, año 1985, 2403).

Contra esa opinión Díez Picazo entiende –en una opinión minoritaria- que sostener que el fundamento de la prohibición descansa en la fuerza obligatoria del contrato y en la igualdad de los contratantes sería como afirmar que los contratos que sólo generan obligaciones para una de las partes falta verdadero consentimiento y verdadero contrato, pues sólo una de ellas queda vinculada[102]. Agrega Álvarez Olalla que respecto de este tema el citado autor "parece señalar que el origen del art. 1256 procede de la prohibición de la condición meramente potestativa del deudor, en las obligaciones unilaterales (que provenían de la <stipulatio>)" y que por ello "la generalización de la regla a todos los contratos produce algunas distorsiones"[103].

No coincidimos con el profesor Díez-Picazo. El consentimiento pertenece a la etapa de nacimiento del contrato, mientras que la interdicción de la arbitrariedad en el mismo pertenece a la etapa de cumplimiento. En efecto, entendemos que Manresa se refiere a la necesaria declaración de voluntad de ambas partes y a que esa declaración sea efectuada en condiciones de igualdad, y cuando afirma que "*sólo habría una voluntad expresada*" se refiere al poder de negociación impuesto por la parte fuerte. Por eso hace mención antes a *los contratantes* y al *convenio*, dándolo por ya celebrado. Está hablando de la etapa posterior a la celebración: la etapa del cumplimiento. Manresa no parece querer decir, en nuestra opinión, que la falta de equivalencia de prestaciones en los contratos unilaterales (donde la ausencia de equilibrio es de la propia esencia de esta clase de acuerdos) implique su invalidez, porque esa ausencia de equilibrio está fundada precisamente en la libre voluntad de las partes, de manera especial, en el caso de los contratos unilaterales, en la voluntad de quien se obliga. Muy distinto es lo que ocurre en los contratos de adhesión, pues en estos quien dispone de la voluntad no recorta sus facultades para obligarse a una prestación, sino que, todo lo contrario, la utiliza para obligar a otro que se encuentra en una posición de inferioridad en el plano

[102] Díez-Picazo, L.*, "Comentario al art. 1256", en "Comentarios al Código Civil",* Ministerio de Justicia, T.II, Madrid, 1991, pág. 433.
[103] Álvarez Olalla, P., *op. cit., pág. 858.*

de la libertad jurídica. Entendemos, por tanto, que el fundamento dado por Manresa respecto de la disposición del art. 1256 sirve también para los contratos unilaterales[104].

Sostiene Álvarez Olalla que podría admitirse que el carácter imperativo del art. 1256 pudiera ceder, en ocasiones, "a favor de la autonomía de la voluntad de ambas partes que, a su vez, deciden otorgar a una de ellas facultades últimas de determinación contractual"[105]. Argumenta que esa posibilidad se desprendería del propio texto de la cláusula que comentamos "que admite la arbitrariedad en caso de que existan <motivos válidos>". Tampoco coincidimos con esta opinión y mantenemos a rajatabla que se trata de una disposición de carácter imperativo[106]. En efecto, ya hemos expuesto y argumentado a lo largo de este estudio que la real existencia de autonomía de la voluntad como tal en los contratos que contienen CGC, se limita a unos ciertos tópicos de carácter esencial y entre ellos no se encuentra la posibilidad libre de pactar una concesión de facultades de modificación a favor del predisponente. Al no haber autonomía de la voluntad, entonces, mal podríamos encontrar en ella el la causa fuente de la validez de una cláusula de este tipo. Podríamos argumentar asimismo, a favor de nuestra postura, que si existieran los mentados <motivos válidos> en un contrato con CGC, este no sería un justificativo para dejar de lado al art.1256 pues, en caso de que

[104] En contra: Sancho Rebullida y Lacruz, Elementos de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones, t. II, vol. 1°, Barcelona, 1994, pág. 484, quienes entienden que el art. 1256 sólo se aplica a las relaciones sinalagmáticas o correspectivas. Entendemos sin embargo, que el caso en estudio –la modificación unilateral de contratos con condiciones generales- es un ejemplo de relación sinalagmática, por lo que aún aceptando esta postura el art. 1256 sería igualmente aplicable.

[105] Reconoce la autora citada (op. cit., pág. 855) que "si el artículo 1256 CC es dispositivo, la justificación del apartamiento del mismo en sede de contratos con consumidores debe ser mucho mayor que en las relaciones contractuales tradicionales, y nunca podrá ir en perjuicio del consumidor". Sin embargo, manifiesta luego (op. cit., pág. 857) que "si consideramos que el artículo 1256 CC tiene carácter imperativo, la proclamación del carácter abusivo de la cláusula sería redundante". Respecto de esta última afirmación nos remitimos a las razones ya expuestas acerca de que, aún cuando se repitiera o duplicara legislación, si ésta es de carácter específico entendemos que su establecimiento expreso resulta de gran utilidad. El Tribunal Supremo ha fallado acertadamente, a nuestro criterio, un caso en el que la parte actora había cuestionado cláusulas que facultaban a la empresa promotora-constructora-vendedora a realizar modificaciones del proyecto inicial del edificio durante la ejecución de las obras. Lo interesante de la sentencia radica en que, pese a que la Ley de Condiciones Generales de la Contratación había sido sancionada ese mismo año, el ponente no echó mano de sus disposiciones para considerar arbitrarias esas facultades (y por tanto a la cláusula) sino que argumentó la *conculcación del artículo 1256 del Código Civil* afirmando, entre otras cosas, que una cláusula que permitiera tales licencias resulta conculcatoria de aquélla norma en la medida en que no estuviera referida "a posibles alteraciones debidamente concretadas, bien precisadas y especificadas que eliminasen toda posible situación de merma funcional." (STS 4-12-1998, Ar. 8788).

[106] Además de los argumentos vertidos en el texto entendemos que resulta incongruente sostener el carácter imperativo de una norma para unos casos y de dispositivo para otros.

realmente existiesen esos motivos válidos entonces no podríamos hablar de arbitrariedad como pretende hacerlo la autora citada. Si existen motivos válidos no hay arbitrariedad; un supuesto excluye al otro. No podemos afirmar que la ley admite la arbitrariedad porque esta se encuentra justificada por motivos válidos. Ninguna arbitrariedad puede justificarse pues pierde su carácter de tal desde que es justa.

El problema que parece intentar resolver Álvarez Olalla y los autores que sostienen su misma posición, radica en tratar de comprender la validez de las cláusulas que posibilitan las llamadas modificaciones unilaterales a pesar de lo dispuesto por el art. 1256. En otras palabras, intenta dar respuesta a la pregunta de cómo es posible que estas cláusulas sean válidas si implican dejar al arbitrio de uno de los contratantes la validez y el cumplimiento de los contratos, y esto es precisamente lo que prohíbe el art. 1256[107]. Uno y otro supuesto serían contradictorios y por eso intenta la derogación del art. 1256 a través de la autonomía de la voluntad, que en estos casos no existe.

La respuesta a esta pregunta constituye uno de los nudos de nuestra investigación. Bástenos por ahora esbozar nuestra opinión para luego ir desgranándola en el transcurso de nuestro análisis y más específicamente cuando nos adentremos en la naturaleza jurídica de las "modificaciones unilaterales".

Si sostenemos que no es la autonomía de la voluntad la que en este caso da nacimiento y justificación a la validez de cláusulas de modificación unilateral, entonces ¿qué lo hace?. ¿Qué hace que estas cláusulas sean en algunos supuestos válidas, aún ante la prohibición expresa del artículo 1256?

La modificación de una o varias de las cláusulas de un contrato no hace más que generar una nueva (modificada) obligación. La doctrina clásica, ampliamente aceptada en este punto, ha enumerado como fuentes de las obligaciones al contrato, al cuasicontrato, al delito, al cuasi delito (actos u omisiones en que interviene culpa o negligencia) y a la ley. Si en el presente caso descartamos que la fuente de la obligación sea un contrato porque falta autonomía de la voluntad en una de las partes, y por tanto no puede tener lugar el necesario consentimiento para su configuración. Si es evidente,

[107] Como ya se dijo el Tribunal Supremo ha ratificado esta postura en sentencia de 4 de diciembre de 1998 (RJ, 8788), en la que ha expresado que una cláusula en la que se confieren amplias facultades a la promotora para efectuar modificaciones en la construcción debe ser considerada abusiva pues, entre otras razones, <conculca el artículo 1256 del Código Civil>.

como lo es, que no estamos tampoco ante un cuasi contrato, ni ante un delito o un cuasi delito, entonces concluiremos que la fuente de esta nueva obligación, resultado de la modificación de una anterior, **encuentra su fuente en la ley**. Esta opinión es fundamental en el desarrollo y en las conclusiones de nuestro trabajo y es reiterada, mantenida y argumentada a lo largo del mismo.

6.2. b) Cláusulas del contrato que pueden ser afectadas[108].-

Teniendo en cuenta la común opinión de que las cláusulas de los contratos pueden ser clasificadas en esenciales, naturales y accidentales, y que a ellas se les agrega comúnmente las denominadas circunstancias contractuales[109], consideramos que cualquiera de ellas puede ser afectada por otra que faculte su modificación en los términos de la regla examinada.

Sin embargo la práctica demuestra que la mayor parte de las estipulaciones efectuadas por los profesionales con el ánimo de provocar alguna modificación en los

[108] Para una determinación de los elementos y presupuestos susceptibles de ser modificados véase el capítulo sobre "Diferencia de la mera Modificación con la Novación extintiva", *supra*.
Al tratar este punto Ferrer Riba clasifica los tipos de cláusulas que pueden ser afectadas de modo similar al expuesto en el texto aunque con algunas variantes que se derivan de la diversa forma de clasificar los presupuestos y elementos del contrato. Lo citamos a continuación por lo ilustrativo de sus ejemplos respecto de la modificación de las "prestaciones": "Pertenecen a este grupo de cláusulas las que permiten al profesional modificar: 1) las prestaciones que son objeto de su obligación por otras distintas (p. ej., las que facultan para entregar <otro producto de valor similar>); 2) las características y cualidades de las cosas o servicios objeto del contrato (p. ej., las que permiten variar la composición, el diseño o las especificaciones técnicas del producto, o las que facultan para suministrar un modelo distinto del acordado); 3) la cantidad o calidad de tales bienes [p. ej., las que establecen que el número de unidades, el peso o la medida pactados son aproximados, o las que autorizan a suministrar una cantidad menor a la pactada, aunque vayan acompañadas de una previsión de reducción del precio]; y 4) la persona que ha de realizar la obra o prestar el servicio por cuenta del predisponente, si la identidad de la misma es relevante y fue tenida en cuenta al contratar…"

[109] Sostiene López de Zavalía *("Teoría de los Contratos",* T. I, Parte General, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1984, pág. 52-53) que "examinando el contenido del contrato, cabe hablar de cláusulas esenciales, naturales y accidentales. Son esenciales aquellas sin cuya mención el contrato carece de contenido (*essentialia comuna*) o no tiene un contenido determinado (*essentialia propia*); naturales, las que la ley supletoria inserta; y accidentales, en fin, las que insertan las partes." Asimismo enseña que por circunstancias debe entenderse "a todo lo que siendo extrínseco al contrato… se valora durante la aparición del contrato o su ejecución, influyendo en su destino. Circunstancias son el tiempo y el lugar, como el cumplimiento de una condición, y el conjunto de factores económicos que fueron tenidos en vista para el cálculo contractual que luego es roto por "alteración de las circunstancias". Circunstancia es el medio ambiente en el que surge, llega a ser eficaz, y se desenvuelve el contrato".

contratos *están referidas al objeto de los mismos*, ya sea que se trate de su calidad o de su cantidad o bien a las circunstancias en las que la *prestación* debe ser cumplida.

Las modificaciones previstas pueden estar dirigidas también a la alteración de algún aspecto de lo que López de Zavalía denomina "objeto inmediato"[110], es decir, aquél que está constituido por las obligaciones que genera el contrato (p.e., en la compraventa la obligación de pagar el precio por el comprador y de dar la cosa por el vendedor). En este caso entendemos que una cláusula que pretendiera tal modificación implicaría que nos encontraríamos ante un supuesto de novación, pues si la prestación muta y la cosa no se da en propiedad sino en préstamo el régimen jurídico aplicable se transforma, al igual que si el precio que debe pagarse se conserva en calidad de préstamo. Estas vicisitudes ya fueron analizadas en el Capítulo III puntos 3.2 y ss. y a él nos remitimos.

6.3. Excepción: Extremos requeridos para la validez de una cláusula modificativa.-

En contra de lo que podría pensarse en una primera aproximación al tema, ya vimos que la ley no califica como abusivas a todas las cláusulas que contengan una concesión de facultades de modificación a favor del predisponente. Por el contrario, admite la validez de aquellas que cumplan con unos requisitos que la propia ley establece de manera expresa. En ese sentido la regla 2da. que estamos analizando establece, a *contrario sensu,* que serán válidas ese tipo de cláusulas si están fundadas en *motivos válidos* que además estén *especificados en el contrato*[111].

[110] *Op. Cit., pág. 54.*

[111] A diferencia de lo prescripto por la Cláusula 2da., el Código Brasileño de Defensa del Consumidor parece establecer una cláusula negra respecto de la modificación del contenido de los contratos como regla general ya que de su texto no parece poder extraerse excepciones. En efecto el art. 51, inciso XIII, dispone que serán nulas "las cláusulas que autoricen al profesional a modificar unilateralmente el contenido o la calidad del contrato, después de su celebración".
En sentido similar la Ley de Defensa del Consumidor de Uruguay (Art. 31, inciso C) considera abusivas las cláusulas que "autoricen al proveedor a modificar los términos del contrato". Como puede observarse tampoco en este caso se brinda la posibilidad de proceder a la modificación si se cumplen ciertos requisitos como sí ocurre en la ley española y en la Directiva europea.

6.3.1. La especificación de los motivos.-

Para que la cláusula de modificación sea válida, entonces, no sólo es necesario que la alteración se funde en motivos válidos como se verá en el siguiente apartado, sino que además es preciso que esos motivos *consten en el contrato* que se ha celebrado. Como afirma Álvarez Olalla al respecto, "no se trata sólo de que el profesional sólo se pueda *reservar la facultad de* introducir modificaciones si se señala el motivo, y éste es válido, sino que, de hecho, el profesional no podrá *introducir modificaciones* si no se reservó tal facultad, especificando el motivo válido en el contrato realizado con el consumidor, si este es previsible."[112] Así lo ha sostenido la Audiencia Provincial de Asturias en sentencia del 22 de julio de 2002 (Aranzadi Civil, Febrero 2003, pág. 736), al considerar abusiva una cláusula en la que se facultaba a una institución educativa a modificar los horarios académicos, pero en la cual <no se especifica ni tan siquiera se hace una mención a título orientativo acerca de cuáles podrían ser esos motivos determinantes del cambio de horario>.

La expresión que utiliza el texto de la regla 2da. ("especificados en el contrato") nos permite sostener que la descripción de los "motivos válidos" debe ser hecha por el profesional de la manera más detallada que la previsibilidad de los mismos posibilite.

El Tribunal Supremo se ha expresado en contra de la validez de una cláusula que facultaba al profesional <*para modificar la obra en aquello que crea oportuno, así como a ordenar los espacios comunes de la parcela proyectando las instalaciones que crea convenientes*>, ya que la "oportunidad" o la "conveniencia" de la modificación no pueden <…disfrazar el arbitrio de uno de los contratantes, pues sería tanto como encomendar al mismo el cumplimiento del contrato…> (STS de 7 de junio de 1995, Repertorio de Jurisprudencia, 4632). En igual sentido y con mayor contundencia se expresó en sentencia de 4 de diciembre de 1998 ya referida, en la que consideró abusiva una cláusula que facultaba al profesional a realizar modificaciones en el proyecto original de un edificio durante la ejecución de las obras porque la misma no hacía

[112] Álvarez Olalla, P., *op. cit., pág. 859-60.*

referencia a alteraciones <debidamente concretadas, bien precisadas y especificadas…> (Repertorio de Jurisprudencia, 8788).

No se deben escatimar recursos para describir en el texto del contrato el o los hechos que tendrán la trascendente virtualidad de provocar una modificación en el acuerdo original. En ese sentido no está de más recordar que la redacción de este tipo de cláusulas también debe reunir los requisitos de *concreción, claridad y sencillez* que prevé el art. 10. 1. a) de la LCU (modificado por la Disp. Adic. 1ra. de la LCGC)[113].

A los fines de desarrollar una buena técnica de redacción de este tipo de cláusulas en el contrato sería aconsejable, en primer lugar, desmenuzar el contrato en sus diferentes cláusulas y clasificarlas de acuerdo a su naturaleza respecto del mismo (esenciales, naturales o accidentales). Una vez clasificadas las cláusulas el servicio jurídico del profesional debería identificar, teniendo en cuenta las estadísticas que lleve la empresa y el tipo de actividad económica que desarrolla, aquellas cláusulas respecto de las cuales puede preverse una alteración de las circunstancias de hecho en base a las cuales se las ha redactado y que exijan, como consecuencia, una eventual modificación en las estipulaciones del contrato. Una vez identificada esa especie de cláusulas y los acontecimientos que podrían hacer necesaria su modificación, el servicio jurídico debería preocuparse por describir en el texto del contrato esos posibles acontecimientos. Sólo el acontecimiento sobreviniente y perturbador de esos supuestos de hecho debidamente explicitado validará la modificación de lo pactado *ab initio*.

Es importante destacar por otra parte que el acontecimiento futuro, si bien debe resultar previsible, *debe ser absolutamente ajeno a la voluntad del profesional*. Lo contrario invalidaría la cláusula y la posible modificación, pues la ley no autoriza este tipo de cláusulas para beneficiar al profesional perjudicando al consumidor adherente, sino para reacomodar el equilibrio contractual original que se ha visto trastornado por un acontecimiento extraño a la voluntad de las partes[114]. Estos requisitos que debe

[113] Una aplicación de estos requisitos por el Tribunal Supremo puede verse en la STS de 5 de julio de 1997 (RJ 1997, 6151), en la que se entendió que no se cumplía con la condición de claridad cuando la letra es <tan diminuta> conforme al art. 10.a) LGDCU. En sentido similar se han expedido, entre otras más recientes, la SAP Asturias de 28 de febrero de 2002 (Aranzadi Civil, 2002-II, pág. 681) y la SAP Las Palmas de 7 de mayo de 2002 (Aranzadi Civil, 2002-II, pág. 728), aunque en este último caso la resolución es desestimatoria.

[114] Se sostiene en ese sentido que "si no se han producido circunstancias diversas, el contrato debería desplegar los efectos inicialmente pactados. Es decir, la modificación no se debe producir en forma

reunir el sistema que autoriza la ley para validar la modificación son tratados en detalle *infra* (punto 6.3.2. en este mismo Capítulo).

Como señala Álvarez Olalla, la intención del legislador ha sido, por un lado, evitar la arbitrariedad de parte del predisponente, *limitando las facultades de modificación* a situaciones justificadas. El segundo objetivo legislativo ha sido compelir al profesional a *informar al consumidor* que en determinadas circunstancias -que varían de acuerdo a la actividad-, algunas de las cláusulas del contrato pueden sufrir alteraciones[115].

Como consecuencia de lo señalado deben ser tenidas por abusivas las expresiones de carácter genérico, abstracto, impreciso o vago tales como la concurrencia de <motivos graves>, <circunstancias sobrevivientes>, <imprevistos>, <causas ajenas a la voluntad de la empresa>, <impedimentos jurídicos o económicos>, <fuerza mayor>, u otras expresiones similares que no reúnan la suficiente claridad como para satisfacer la finalidad que hemos asignado a la norma a este respecto[116].

Pese a la claridad de la norma hay quines han sostenido que no siempre será conveniente exigir al profesional tanta precisión en la descripción de las cláusulas que justifiquen la modificación. En ese orden de ideas Ferrer Riba ha sostenido que "a veces, será deseable modificar un contrato (incluso de forma unilateral) por motivos que no podían preverse –y, por tanto, tampoco explicitarse- en el momento de su perfección o cuya rareza hacía demasiado gravosa su inclusión en el clausulado"[117].

Si bien el autor parece delimitar el alcance de su opinión a los contratos de plazo indeterminado[118], nos parece que sostener una posición como esa resultaría doblemente inapropiado. En primer lugar, como es largamente sabido, <u>todas</u> las cláusulas de un contrato que contenga condiciones generales deben ser redactadas con concreción, claridad y sencillez (art. 5.4 de la LCGC). En segundo lugar, y para el caso planteado por el citado autor, el ordenamiento jurídico cuenta con instrumentos más

caprichosa, por mera comodidad de profesional o ánimo de obtener un mayor beneficio de la operación… sino porque se hayan modificado las condiciones iniciales bajo las cuales se celebró el contrato…", cfr. Álvarez Olalla, P., op. cit., pág. 858. Puede verse también al respecto la STS de 4 de diciembre de 1998 (RJ, 8788), que consideró abusiva una cláusula en la que sólo se satisfacían los intereses del predisponente.

[115] Álvarez Olalla, P., *op. cit., pág. 858.*

[116] Cfr. Ferrer Riba, J., *op. cit., pág. 1000-01.*

[117] *Ibidem, pág. 1001*.

[118] Afirma que "esto puede ocurrir *particularmente* en los contratos de *larga duración*, en los que la capacidad de prever futuras eventualidades que alteren las condiciones de eficiencia bajo las que fueron celebrados suele ser limitada…", *op. cit., pág. 1001*, (la cursiva nos pertenece).

específicos e idóneos para su resolución. En efecto si se trata de situaciones que "no podían preverse", entonces no estamos ante el supuesto que regula la regla 2da., que trata un acontecimiento futuro pero previsible, sino que estamos ante un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor. En ese caso el profesional podrá recurrir al régimen de la fuerza mayor (o del caso fortuito) si logra demostrar que se trata de un *casus*, o incluso podría echarse mano de la teoría de la imprevisión o de la cláusula *rebus sic stantibus*. De lo contrario nada autoriza a interpretar la norma de manera tan laxa como para desvirtuar no sólo su espíritu sino también su letra.

Hay que agregar sobre este punto que la Disp. Adic. 1ra. no ha incorporado con carácter general la excepción que preveía la Directiva 93/13/CEE[119] y que permitía incluir cláusulas que facultaran modificaciones unilaterales en los contratos de duración indeterminada sin necesidad de especificar motivos válidos y con los solos requisitos de informar al consumidor con antelación razonable y de que éste tenga la facultad de rescindir. Ferrer Riba, en la misma tesitura ya expuesta, considera esa restricción como "censurable", pues entiende, con apoyo en el artículo 10 bis, ap. 1, párr. 4, LCU, que en los contratos de larga duración <la observancia del requisito legal de la especificación de los motivos debe apreciarse con una cierta laxitud>[120].

Entendemos que esta crítica tampoco resulta acertada. En primer término, y si bien es cierto que el párrafo 4 del art. 10 bis de la LCU establece que "el carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración", la regla 2da. de la Disp. Adic. tiene carácter específico respecto del caso previsto. Y aún sin tener en cuenta este argumento nos parece que el citado párrafo 4 no alcanza a conmover lo dispuesto por la regla 2da., pues está previsto para una interpretación estática del contrato ("en el momento de su celebración"); la atenuación de las variaciones que pudiera producir la dinámica de los contratos de

[119] El texto del apartado 2 del Anexo a la Directiva en su letra *b)* disponía que la letra *j)* del apartado 1 del Anexo (que considera abusiva a la cláusula que tenga por objeto autorizar al profesional a modificar unilateralmente sin motivos válidos especificados en el contrato) había de entenderse "sin perjuicio también de las cláusulas por las que el profesional se reserve el derecho a modificar unilateralmente las condiciones de un contrato de duración indeterminada siempre que el profesional esté en la obligación de informar al consumidor con una antelación razonable, y de que éste tenga la facultad de rescindir el contrato."

[120] Ferrer Riba, J., *op. cit., pág. 1001.*

tracto sucesivo, queda supeditada a la diligencia que la ley le exige al profesional en la previsión y especificación de los válidos motivos que la pudieran justificar y, como es sabido a nadie le está permitido alegar su propia torpeza. Al profesional, en caso de no haber hecho reserva de modificación y ésta cumpla con los requisitos legales, le quedaría la opción de resolver el vínculo contractual con la responsabilidad que eso acarree o hacer uso de la teoría de la cláusula *rebus*[121].

6.3.2. Los motivos válidos.-

El segundo de los extremos o requisitos que exige la ley para que una cláusula que prevea facultades modificativas sea considerada como ajustada a Derecho es el que establece que esa alteración debe basarse en *motivos válidos*.

Corresponde ahora establecer en qué casos estaremos frente a "motivos válidos" y cuáles son los caracteres generales o rasgos comunes que deben revestir estos para ser considerados como tales.

Como se ha sostenido, la ley no utiliza la expresión "válidos" en un sentido estrictamente técnico-jurídico[122]. No se refiere a la validez de los motivos como por oposición a la nulidad o ineficacia de los mismos, pues de ellos no podrían predicarse esas categorías jurídicas como si se tratara de actos jurídicos. Lo que el legislador ha pretendido es poner de manifiesto que las alteraciones fácticas que pongan en movimiento los engranajes modificativos, sean lo suficientemente trascendentes y razonables como para justificar la modificación de lo pactado originalmente.

Dentro de esa interpretación se han incluido una serie de parámetros o requisitos a tener en cuenta al momento de verificar que se trate de motivos válidos:

1) Hecho ajeno a la voluntad del profesional:

[121] Véase sobre este supuesto lo que se dice en el Capítulo XII.

[122] *Idem, pág. 1002.* Señala en ese sentido que "la validez puede predicarse de actos, negocios o reglas, pero no de motivos..." por lo que la ley utiliza el término "en un sentido más llano e impreciso, para denotar simplemente que las razones que se invocan han de tener algún fundamento o justificación que las haga atendibles…".

Nos parece que el requisito más importante a tomar en consideración al momento de decidir la validez de un motivo invocado es que el mismo debe tener origen en un hecho que, además de influir en las circunstancias tenidas en cuenta *ab initio*, no haya sido provocado por el profesional. Nótese que este requisito se encuentra compuesto, a su vez, por dos extremos que deben ser satisfechos: a) que se produzca un hecho, y b) que sea ajeno a la voluntad del profesional.

La modificación que permite la ley no puede fundarse en el capricho del predisponente o al solo efecto de proporcionarle a este una ventaja económica en detrimento del consumidor[123], sino que una cláusula de este tipo sólo puede pasar de su *potencialidad* modificativa al *acto* de modificar si se ha producido un hecho que justifique la variación de lo acordado.

Por ello, y si bien es cierto que el acontecimiento fáctico debe ser previsible, es imprescindible que aquél hecho se haya debido a causas ajenas a la voluntad del predisponente. De lo contrario, si la alteración de circunstancias a la que está supeditada la modificación pudiera ser provocada por el profesional, entonces estaríamos ante el supuesto previsto por el artículo 1256 o ante una condición potestativa[124]. Ambos supuestos resultan jurídicamente ineficaces en atención a las reglas generales, pero lo son particularmente en este caso en virtud de lo dispuesto por la regla 2da..

La SAP Baleares de 18 de febrero de 1998 (El Derecho, 5312) ha considerado que el cumplimiento de los horarios en los contratos de transporte aéreo de pasajeros es una obligación esencial y expresamente contratada que el transportista no puede modificar a su libre voluntad, considerando nula por ello una cláusula que establecía que los horarios estaban sujetos a modificación sin previo aviso. En igual sentido se pronunció la SAP Madrid (23 de abril de 1999, AC 823).

2) Sobreviniente:

Un segundo requisito lo constituye el carácter sobreviniente del hecho que da lugar a la modificación. Ese acontecimiento, justificante del ejercicio del *ius variandi* por

[123] Cfr. Álvarez Olalla, P., op cit., pág. 858 y Ferrer Riba, J., op. cit., pág. 1006.
[124] El análisis pormenorizado de la relación entre el instituto de la "modificación unilateral" y las condiciones potestativas se efectúa *infra* en el apartado X.

parte del profesional, debe haber ocurrido con posterioridad a la celebración del contrato.

Se trata de un requisito que contiene en sí dos aspectos: uno de tipo económico pues, si el acontecimiento ya estaba "ocurriendo" al momento de celebrarse el contrato, el profesional conoció o debió conocer los efectos del mismo sobre su maquinaria económico-financiera y, por ende, contractual. Ni la letra ni el espíritu de la ley permiten una modificación que tenga por objeto sanear la negligencia de una de las partes contratantes, pero sobre todo si se trata del profesional, pues su actividad le exige obrar con la mayor diligencia. Por otra parte la exigencia de este extremo tiene por objeto impedir que el consumidor pudiera ser sorprendido con alegaciones de hechos acaecidos con anterioridad a la celebración del contrato y a los que no tiene deber de conocer ni en su existencia ni en sus efectos respecto del profesional. Se trata de un requerimiento de estricto sentido común y estrechamente relacionado con el anterior.

3) Alteración en las circunstancias tenidas en cuenta al momento de contratar:

El hecho sobreviniente y ajeno a la voluntad del profesional debe producir una alteración en las circunstancias que fueron tenidas en cuenta al tiempo de contratar. No debería haber inconveniente para establecer el contenido de esas circunstancias pues, en el caso estudiado, no puede tratarse de las que verosímilmente el profesional "pudo" tener en cuenta, sino de las que efectivamente incluyó en el texto del contrato al prever la modificación. En efecto, la referencia a las circunstancias iniciales, por lo menos de modo implícito, es inevitable si se tiene en cuenta que los motivos válidos deben estar "especificados en el contrato". Así, si un profesional estipulara que el lugar de entrega de una mercadería será modificado si la empresa debiera cambiar de sitio su establecimiento (dentro de la ciudad) porque el propietario del inmueble no le renovara la locación, la circunstancia tenida en cuenta al tiempo de celebración del contrato con el consumidor habría sido *el lugar donde se radicaba en ese momento*.

Justamente puede observarse que, pese a que en los contratos clásicos en general -es decir aquellos en los que las partes intervinientes ostentan cuotas de libertad contractual similares- puede igualmente solicitarse la modificación del acuerdo debido al cambio de las circunstancias existentes en un principio, la diferencia con los supuestos en que intervienen consumidores radica en que, mientras en éstos el cambio alegado debe constar como previsto en el texto del contrato, en los primeros -y más allá de la teoría a la que se adscriba- podría alegarse esa alteración sin que estuviera expresamente anticipada[125].

4) Previsible:

Precisamente otra diferencia con el régimen general de los contratos radica en la *previsibilidad* del cambio de circunstancias en el caso de los contratos de consumo, mientras que la producción de acontecimientos *imprevisibles* podría ser invocada como causal de modificación en cualquier caso (tanto para los contratos en general como para los de consumo), aunque ciertamente el *iter* a seguir sería diferente (probablemente debería intentarse la vía judicial a falta de acuerdo).

Ciertamente para los contratos de adhesión el régimen de modificación del contrato cambia según que las circunstancias se hubieran modificado por alteraciones *previsibles* o *imprevisibles*. En el primer caso deberemos atenernos a los requisitos que impone el régimen previsto por la regla 2da. que estamos analizando. En el segundo caso –cuando la alteración de las circunstancias se deba a hechos *imprevisibles*- el régimen aplicable es el general, y el profesional –aunque también el adherente, según el caso- podrá recurrir a los institutos de la fuerza mayor o el caso fortuito, o bien a las distintas teorías que se han desarrollado al respecto y entre las que se destaca, por su aceptación tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, la de la cláusula *rebus sic stantibus*[126].

[125] En efecto, podría tratarse de un caso de aplicación de la Teoría de la cláusula rebus sic stantibus. Como ha quedado dicho, las diferencias y similitudes entre la modificación unilateral y la teoría de la cláusula *rebus* se analizan en el Capítulo XII.

[126] Cfr. Lacruz Berdejo (*"Elementos de Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones",* Vol. II, pág. 309) quien analizando la teoría de la cláusula *rebus sic stantibus*, explica que "para esta doctrina, cuando se concluye un contrato cuyo desarrollo se prolonga durante un largo período de tiempo, se entiende que los contratantes pactan teniendo en cuenta las circunstancias del momento o aquellas que podían prever

5) Conserve el equilibrio de prestaciones:

Afirma Ferrer Riba que uno de los requisitos que deben presentarse para el válido ejercicio de la facultad de modificación consiste en que su consecución <lleve a un reajuste eficiente del contrato, habida cuenta de la posición de las partes antes de la modificación>. Agrega que ello se traduciría en el reporte de <un beneficio para ambos contratantes, o cuando menos no sea perjudicial para el consumidor> y que <la formulación de la cláusula debe garantizar razonablemente que una eventual modificación no va a empeorar la posición en que se encuentre un adherente típico en el momento anterior a la misma>[127].

Entendemos que no se trata de otra cosa que de conservar el equilibrio de prestaciones que todo contrato debe albergar, pero fundamentalmente los que se pactan con consumidores, pues esa es la primera finalidad que el denominado Derecho de Defensa de los Consumidores persigue y la norma analizada no es más que un eslabón de esa cadena.

Es ésa y no otra la causa que justifica la mentada "modificación unilateral" en los contratos con condiciones generales. Sin dudas se trata de la misma causa que justifica la modificación de los contratos en general y, como venimos sosteniendo, el sistema previsto por la ley no hace otra cosa que facilitar esa modificación en virtud de que la negociación individual es inviable en esta especie de contratos[128], pues la imposibilidad

---

normalmente, siendo la persistencia de tales circunstancias, en particular las económicas, condición tácita del mantenimiento en vigor del contrato".

[127] Ferrer Riba, J., *op. cit., pág. 1002 y ss.*.

[128] Como ya lo sostuviéramos antes, no hay en los contratos de adhesión o con condiciones generales posibilidad alguna por parte del adherente de negociar las cláusulas que integran el contrato, especialmente respecto de aquellas que revisten particular importancia para los intereses del profesional. No parece coincidir con esta opinión Ferrer Riba *(op. cit., pág. 1003),* quien sostiene como segundo requisito para justificar una "revisión unilateral de un contrato" que se den <…circunstancias que hagan inviable o demasiado costoso llegar a ese resultado mediante una renegociación bilateral>. Argumenta al respecto que "este segundo requisito parte de la idea de que una modificación acordada por ambas partes es, por razones obvias, preferible a otra unilateral, pues el acuerdo novatorio sólo tendrá lugar si ambas partes consideran que sus términos no las perjudican. Por ello, la facultad de modificar un contrato de modo unilateral debe circunscribirse a aquellas situaciones en que la renegociación es demasiado costosa o puede verse lastrada por comportamiento estratégicos del adherente. Ello puede ocurrir, en particular, cuando el profesional tenga necesidad de modificar algún aspecto de su prestación respecto de una pluralidad de consumidores unidos a él por medio de contratos independientes, siempre que la modificación sólo pueda ser efectiva o sólo resulte útil si tiene lugar frente a todos ellos a la vez (Ej., una

de negociar forma parte de la esencia misma de las CGC[129]. Agilizar el procedimiento de modificación, adecuándolo a las necesidades y velocidad del mercado de consumo masivo, siempre y cuando se cumplan los demás requisitos que impone la ley, y que son los que garantizan la legitimidad de la modificación. Es decir que la misma se deba efectivamente a una alteración del equilibrio de prestaciones y no al afán de mayor y desproporcionada ganancia del profesional, pues esta ya debió estar prevista e incluida en el contrato original por el propio profesional al momento de fijar el precio.

El mantenimiento de ese equilibrio de prestaciones puede concluirse luego de que se efectúe un análisis que tenga en cuenta el status de las partes antes y después de la modificación. Es decir que debe realizarse una comparación entre los beneficios y ventajas que se derivaban para el profesional y para el adherente cuando se celebrara el contrato que ahora se pretende modificar y la nueva configuración del contrato que resultaría de la modificación que se intenta.

Es evidente que al ser el profesional quien intenta la modificación, el operador jurídico deberá estar más atento al resultado de la cuenta que se propone en el párrafo

---

obra con diversos comitentes, si es necesaria alguna variación que vaya a afectar a todos ellos…). En estos casos, la imposibilidad o grave dificultad de llegar a un acuerdo individual con cada uno de los clientes… justifica que se concedan al predisponente facultades de modificación unilateral…" "Así –continúa Ferrer Riba- puede ocurrir que el adherente se niegue a consentir una modificación que de no llevarse a cabo perjudique particularmente la posición contractual del empresario…"

No compartimos las apreciaciones del autor citado. Nos parece sumamente peligroso introducir elípticamente, por la vía de la "imposibilidad de renegociar", a la arbitrariedad que la ley pretende proscribir con la norma bajo análisis y con el tantas veces mentado art. 1256. Pero sobre todo nos parece que las afirmaciones antes transcriptas colisionan con el sistema previsto en el Derecho español para las CGC. En efecto, y como uniformemente sostiene la doctrina más autorizada en la materia (Alfaro Águila-Real, *op. cit., pág.129 y ss*., Ballesteros Garrido, *op. cit., pág 76*), la imposibilidad de negociación -también tratada como "inevitabilidad"- y la predisposición constituyen dos elementos esenciales de las condiciones generales de la contratación, a punto tal que de no estar presentes estas características difícilmente estemos frente a un contrato de adhesión. Y aún en el poco probable caso de que el profesional estuviera dispuesto a negociar la modificación, entendemos que se trata de una hipótesis que nada tiene que ver con la realidad, pues si ese fuera el caso no cabe ninguna duda que se trataría de una costosísima maratón jurídica. De esa manera se abriría inmediatamente la otra puerta que deja Ferrer Riba al profesional para modificar "unilateralmente": que la negociación sea costosa. En otras palabras, no encontramos ningún supuesto en que las circunstancias no hagan "inviable o demasiado costoso" llegar a la modificación mediante una "renegociación bilateral".

Lo que ocurre en la realidad diaria cuando se presenta una situación como la que propone el autor citado, es que el profesional efectúa la modificación *de facto*. El profesional no pide permiso o autorización al adherente, y menos acude a tantear si éste quiere sentarse a negociar una modificación sino que la consuma, pues al profesional siempre le resulta costoso e inviable renegociar. Ese es, precisamente, el problema que la ley ha venido a resolver.

[129] Cfr. Díez-Picazo *("Fundamentos…", pág. 347*), quien señala, aludiendo a la inevitabilidad o imposibilidad de negociar, que se trata de una "característica diferencial y se encuentra en la idea misma de condiciones generales".

anterior respecto de aquél (el profesional) pues será mucho más probable que sea éste quien intente, no ya sólo restaurar el equilibrio, sino también aprovecharse del alegado cambio de circunstancias para beneficiarse del mismo, alterando el equilibrio negocial.

6) Criterios interpretativos: buena fe y razonabilidad

La buena fe y la razonabilidad deben ser considerados, no ya como otros requisitos, sino más bien como criterios a tener en cuenta al momento de realizar una interpretación que defina si estamos frente a una cláusula modificativa válida o abusiva[130].

En este caso, tanto la buena fe como la razonabilidad, deben constatarse respecto de la propia cláusula donde se hace la reserva de la facultad de modificación por parte del predisponente. Por supuesto que ello no obsta a que, tanto una como otra (buena fe y razonabilidad), deben estar presentes en todo el contenido del contrato. Nuestra intención es recalcar que cuando el intérprete efectúa el análisis de la cláusula modificativa para constatar que estén presentes todos los requisitos que han sido estudiados, es necesario que observe a cada uno de ellos bajo la lupa de la buena fe y de la razonabilidad. Se tratará, sin dudas, de dos aliados imprescindibles a la hora de determinar la validez o nulidad (por abusiva) de una cláusula de este tipo.

En el caso que tratamos nos parece que la buena fe y la razonabilidad estarán referidas a las consecuencias que se deriven de efectuar la operación mental que consiste en comparar el status de las partes antes y después de la modificación. Si del resultado de esa operación surge que las prestaciones conservan el equilibrio del negocio original entonces la cláusula habrá sido redactada dentro de los márgenes legales, en caso contrario será nula[131].

[130] Así lo estima Álvarez Olalla (op. cit., pág. 859), quien afirma que en su opinión "en materia de reserva de facultad de modificación y su posterior ejercicio es clave el criterio de la buena fe y de lo razonable para determinar, tanto si la cláusula es o no nula, como si la modificación operada, al amparo de esta cláusula, excede de los límites tolerables, teniendo en cuenta las circunstancias…".

[131] Al tratar el tema de la buena fe afirma Lacruz Berdejo (*op. cit., pág. 302 y ss.),* que la doctrina subraya un triple aspecto de la misma: "el de la lealtad y corrección que el intérprete debe suponer en el contratante; el del desenvolvimiento leal que objetivamente debe darse mediante la interpretación a las

Como puede verse estamos frente a la que la doctrina ha denominado buena fe "lealtad". En ese sentido es muy ilustrativo el comentario de Messineo sobre este tópico, quien es citado por Lacruz Berdejo al señalar que "<la observancia –dice Messineo- de la buena fe objetiva (lealtad) por parte de los contratantes, acreedor y deudor, significa que el acreedor no debe pretender más, en el ejercicio de su derecho, y el deudor no puede negarse a dar menos, en el cumplimiento de su deuda, de aquello que el sentido de la probidad exige, tenida en cuenta la finalidad del contrato.> Por ejemplo, por imperativo de la buena fe un instalador de electricidad ha de buscar, en principio, el empalme más corto y con menor gasto de cable… "[132].

La razonabilidad de la modificación propuesta también es un aspecto a "cuantificar" con posterioridad lógica a la representación mental entre el status anterior y el que se derive de la modificación. En la misma línea de argumentación deberá entenderse como razonable a aquélla modificación que, cumpliendo con los demás requisitos, no altere el equilibrio de prestaciones.

Otra vez se destaca aquí que el instituto de la modificación previsto por la ley no ha sido concebido para defraudar a los adherentes, facilitando la imposición por parte del profesional de alteraciones que se fundan en el mero capricho de éste.

relaciones contractuales; y el de la protección a la confianza del destinatario en el sentido objetivo de la declaración e imposición de la correspondiente responsabilidad al declarante".

[132] Lacruz Berdejo, J.L., *op. cit., pág. 304*. La cita que efectúa el autor español no tiene referencia bibliográfica.

VII. MODIFICACIÓN UNILATERAL DEL PRECIO

"Disposición adicional primera Cláusulas Abusivas.- *A los efectos previstos en el artículo 10 bis, tendrán el carácter de abusivas al menos las cláusulas o estipulaciones siguientes:*

7ma.- La estipulación del precio en el momento de la entrega del bien o servicio, o la facultad del profesional para aumentar el precio final sobre el convenido, sin que en ambos casos existan razones objetivas o sin reconocer al consumidor el derecho a rescindir el contrato si el precio final resultare muy superior al inicialmente estipulado.

Lo establecido en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de la adaptación de precios a un índice, siempre que sean legales y que en ellos se describa explícitamente el modo de variación del precio."

7.1. Facultad de determinar el precio al momento de la entrega. Exclusión.-

La regla 7ma. que será analizada en el presente parágrafo consta de dos partes, cada una de las cuales regula un tipo diferente de supuesto de hecho. En efecto, la doctrina coincide en estudiar por un lado a las denominadas *cláusulas de reserva de precio*, o sea aquellas que permiten al predisponente determinar el precio al momento en que se produzca la entrega o prestación del bien o servicio objeto del contrato y, por otro lado, a las llamadas *cláusulas de adaptación del precio*, que son aquellas que facultan al profesional a introducir unilateralmente variaciones –generalmente al alza- en el precio que ha sido tenido en cuenta por el adherente al momento de celebrar el contrato[133].

[133] En la doctrina argentina, y cercados por la carencia de normas expresas, los doctores Stiglitz consideran a las estipulaciones que reservan para el predisponente el derecho de incrementar, durante la vigencia del contrato, el precio sobre el importe diferido del pago, como cláusulas que *desnaturalizan el vínculo contractual.*

La primera de estas cláusulas, es decir las de reserva de precio, no constituye en puridad un supuesto en el que pueda observarse una facultad de modificación unilateral de alguno de los elementos del contrato a favor del predisponente. Antes bien, como lo señalan algunos autores, la determinación del precio constituye, no ya un requisito de validez, sino un elemento esencial para la existencia misma de un contrato[134].

Se han vertido diversas opiniones en torno al verdadero significado y alcance de esta primera parte de la regla 7ma.. No todas esas opiniones son coincidentes y, en realidad, sus autores discrepan en más de un punto. Sin embargo, ninguno de los trabajos consultados ha sostenido que las cláusulas de reserva de precio puedan ser consideradas como *modificativas* del contrato. En ese orden de ideas, por ejemplo, podemos notar que ninguno de ellos ha criticado esta previsión legal sosteniendo que la misma ya estaría contenida por la ya analizada regla 2da.. Se trata de un dato que no es menor puesto que cuando proceden al análisis de las demás cláusulas modificativas que prevén supuestos más específicos que el tratado por la regla 2da., lo hacen notar inmediatamente como una redundancia[135].

En otras palabras, opinamos que no estamos técnicamente ante una cláusula que faculte la modificación unilateral de contratos con condiciones generales[136]. Por ese

[134] Afirma Cámara Águila respecto de esta cláusula (*op. cit., pág. 970*), que el legislador sospecha que el profesional se va a aprovechar de la misma para imponerle al consumidor un precio que, de haberlo conocido desde un principio, no hubiera aceptado. Pero en lugar de declarar nulo ese contrato así celebrado se opta por la nulidad parcial que conserva el resto del contrato y, de esa forma, proteger al consumidor.

[135] Lo dicho puede observarse, sobre todo, en el análisis que se hace en este capítulo de la segunda parte de esta misma regla 7ma..

[136] Además de las razones estrictamente técnico-jurídicas expuestas en el texto, podemos agregar a favor de nuestra decisión de no indagar respecto de la cláusula de reserva de precio, que nos ha resultado difícil encontrar o imaginar ejemplos cotidianos en los que tenga lugar una hipótesis como la que plantea el texto legal. Ciertamente algunos autores recurren, incluso, a ejemplos que no podrían ser considerados como incluidos dentro del ámbito de protección de la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios. Es el caso de un ejemplo citado por Cámara Águila, (en *"Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación"*, Aranzadi, Navarra, 1999, pág. 957), extraído de la jurisprudencia francesa, en el que un agricultor encargó a un profesional cierto material agrícola. Como puede observarse, en este caso no podríamos encontramos ante un supuesto protegido por la mencionada LDCU pues su artículo 1°, ap.3, excluye de la consideración de consumidores a quienes "adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, *con el fin de integrarlos en procesos de producción*, transformación, comercialización o prestación a terceros", y tratándose de un agricultor no queda margen a dudas respecto de que éste integraría ese material a su producción agrícola. Asimismo la mayor parte de los demás ejemplos utilizados por la doctrina para ilustrar el análisis de esta primera parte de la regla 7ma. podría ser resuelto recurriendo a la norma contenida en la segunda parte de la misma (cláusula de adaptación del precio), donde sí tiene lugar una modificación contractual. Es el caso de otro ejemplo propuesto por la misma autora antes mencionada, en el que una empresa automovilística, ante la elevada demanda de un modelo de coche en el mercado, incluye una cláusula por la cual "el vendedor podía variar el precio, si hubieran

motivo excluiremos de nuestro análisis el texto de esta primera parte de la regla 7ma., sin perjuicio de que podamos efectuar alguna alusión a la misma si ello fuera útil a los fines de desentrañar el sentido y alcance de la segunda parte de la misma que trata sobre la facultad del profesional para modificar unilateralmente el precio inicial en un contrato y que se analiza a continuación.

7.2. Facultad del profesional para aumentar el precio final sobre el convenido.-

El supuesto de hecho que se regula en la segunda parte de la regla 7ma. es el siguiente: existiendo un contrato ya celebrado en el que se ha convenido un determinado precio a pagar por el adherente a cambio del bien o servicio ofrecido por el predisponente, este último se reserva, a través de una cláusula, la facultad de aumentar aquél precio inicial.

Se trata, sin dudas, de un supuesto en el que el profesional se reserva la facultad de introducir una modificación unilateral que afecta en este caso a uno de los elementos probablemente más importantes que el adherente ha tenido en cuenta al momento de formar su voluntad de contratar: el precio. Es un supuesto particular de modificación unilateral que se encuentra abarcado por la regla general prevista por la regla 2da. ya analizada. Reiteramos, sin embargo, nuestra opinión favorable a este –aparentemente- doble tratamiento, puesto que el legislador (tanto el europeo como el español) ha entendido acertadamente que estamos frente a un supuesto que, por su particularidad e importancia, requiere de un tratamiento expreso.

Podría sostenerse, sin mucho margen de error, que el incremento del precio por parte del profesional mientras se encuentra en curso el cumplimiento de un contrato, constituye en la práctica cotidiana el supuesto más común de modificación unilateral,

transcurrido más de cuatro meses desde la celebración del contrato hasta el momento de la entrega" (el subrayado es nuestro). Como puede verse, la propia autora admite que la cláusula incluida por la automotriz le facultaba a *variar* el precio; se deduce de ello que efectivamente existía un precio y que la cláusula facultaba a la empresa a su modificación. No podría ser de otra manera tratándose de un automóvil, pues el precio es uno de los componentes más importantes a la hora de adquirir un vehículo. Todo lo anterior se expresa sin perjuicio de que la norma contenida por la primera parte de la regla 7ma. pueda ser de utilidad para la mejor resolución de algunos casos aislados y, por pocos que estos fueran, ello justificaría su introducción en la ley.

sea que esa facultad esté contemplada por una cláusula predispuesta (supuesto que se analiza en este parágrafo) o que se lleve a cabo *de facto*.

Por otra parte, puede señalarse como antecedente legislativo más remoto de la consideración de abusiva de este tipo de cláusulas al parágrafo 11.1 de la ley alemana de 1977 (AGB-Gesetz)[137], que declaraba ineficaces a las cláusulas que posibilitaran el aumento de la contraprestación a cargo del deudor-adherente a cambio de mercancías o prestaciones a ser entregadas o cumplidas dentro de los cuatro meses posteriores a la celebración del contrato, con excepción de las relaciones contractuales duraderas[138].

En el Derecho español el ya derogado artículo 10.1 c), párrafo 1°, de la LDCU establecía el carácter abusivo -por contrariar la buena fe y el justo equilibrio de las prestaciones- de las cláusulas por las que el profesional se reservase a facultad de incrementar el precio aplazado del bien durante la vigencia del contrato. También contenía una disposición muy similar el art. 10.1.A) del Real Decreto 575/1989, de 21 de abril, regulador de la información a suministrar a los consumidores en la compraventa y arrendamiento de viviendas.

Como antecedente más inmediato se cuenta, a nivel comunitario, al supuesto previsto por la letra *l)* del apartado 1° del Anexo y la letra *d)* del apartado 2° del mismo Anexo de la Directiva 93/13/CEE del Consejo[139].

---

[137] El texto del artículo 11.1 de la AGB-Gesetz es el que sigue: "En condiciones generales de la contratación son ineficaces: 1. (Incrementos de precios en plazos breves). La cláusula que prevea el incremento de la contraprestación por mercancías o prestaciones que deban ser suministradas o realizadas dentro de los cuatro meses siguientes a la celebración; lo anterior no será de aplicación en caso de mercancías y prestaciones que deban ser suministradas o realizadas en el marco de una relación obligatoria duradera".

[138] Cfr. Cámara Águila, M. del P.,*op. cit., pág. 973.*

[139] La letra *l)* del apartado 1° del Anexo de la Directiva 93/13/CEE establece que puede ser declarado como cláusula abusiva: "estipular que el precio de las mercancías se determine en el momento de su entrega, u otorgar al vendedor de mercancías o al proveedor de servicios el derecho a aumentar los precios, sin que en ambos casos el consumidor tenga el correspondiente derecho a rescindir el contrato si el precio final resultare muy superior al precio convenido al celebrar el contrato."

Y la letra *d)* del apartado 2° del mismo Anexo dispone que: "la letra *l)* se entiende sin perjuicio de las cláusulas de adaptación de los precios a un índice, siempre que sean legales y que en ellas se describa explícitamente el modo de variación del precio."

Respecto de este último antecedente cabe señalar que el legislador español ha transpuesto al Derecho interno el contenido de las letras *l)* y *d)* antes mencionadas, con algunas variaciones. En efecto, y como luego veremos más detalladamente, la Directiva no exige para otorgar validez a cláusulas de este tenor que "existan razones objetivas" que faculten al profesional a aumentar el precio, como sí lo requiere la regla 7ma. aquí analizada.

7.2.a) Aumento por el profesional. Requisitos de validez.-

La norma comentada establece como regla general el carácter abusivo de las cláusulas que faculten aumentos de precio con posterioridad a la celebración del contrato.

Esta regla general está en consonancia con lo que dispone el artículo 1450 del Código Civil español, que dispone para el contrato de compraventa que el mismo se entiende perfeccionado desde que hubiere acuerdo respecto de la cosa objeto del contrato y del precio a pagar por ella, sin que exista posibilidad de que una de las partes modifique luego, unilateralmente, el precio establecido convencionalmente. El carácter de esa solución se encuentra también en armonía con lo dispuesto por el ya analizado art. 1256 CC, pues este impide que el vendedor modifique a su arbitrio el precio pactado[140].

Sin embargo, esa regla general reconoce situaciones excepcionales en las que el aumento de precio, efectuado durante el tiempo en que el contrato está siendo cumplido, puede ser considerado como válido.

[140] Cfr. Egea Fernández, J., *op. cit., pág. 1076*. Este autor, luego de señalar la regla general, deja a salvo la posibilidad de que las partes modifiquen el precio de común acuerdo a través de una novación modificativa. Por su parte Cámara Aguila (*op. cit., pág. 972 y 973*) sostiene, más radicalmente, que el supuesto previsto por la regla 7ma. constituye un caso de *novación* "a través de una cláusula predispuesta". Entendemos que la regla 7ma. no prevé un supuesto de novación en la medida en que, como se señalara más ampliamente en el capítulo correspondiente, la figura de la novación requiere indefectiblemente del *acuerdo de ambas partes* que en este caso está ausente. Esta ausencia no puede sorprender pues las cláusulas predispuestas son consideradas como abusivas generalmente por ausencia o mengua de libertad contractual del adherente. Tampoco parece muy realista, aunque sea técnicamente correcta, la posibilidad, señalada por Egea Fernández, de que las partes acuerden una novación modificativa.

El fundamento para que la legislación destinada a la protección de los consumidores acepte la validez de cláusulas de esta especie puede encontrarse, nuevamente, en el equilibrio que el legislador busca que exista entre la necesidad de agilidad en las transacciones que impone el mercado de masas por un lado, y en el resguardo que requieren los derechos de los consumidores por el otro. Por ello el legislador no ha optado por considerar siempre abusivas a estas cláusulas. No lo hace porque, asumiendo una postura con sustratos político-ideológicos[141], considera útil –sobre todo, reiteramos, por la agilidad que implica para el tráfico comercial- que pueda modificarse el precio originario, en algunos supuestos y siempre que se cumpla con determinados requisitos.

En el caso de la ley española de CGC esos requisitos son los siguientes: 1) que existan razones objetivas que justifiquen el aumento; 2) que se le otorgue al consumidor la facultad de resolver el contrato[142] si el precio final resultare muy superior al inicialmente estipulado o 3) que los precios se adapten a un índice legal y se describa explícitamente el modo de variación del precio.

A continuación analizaremos cada uno de esos extremos.

7.2.a) 1) Razones objetivas que justifiquen el aumento.-

Planteamiento general:

La sujeción de la validez de las estipulaciones que facultan al profesional a aumentar el precio convenido a la *existencia de razones objetivas,* es un

[141] Hacemos referencia aquí a la innegable raíz liberal que tienen este tipo de normas. Utilizamos aquí el término "liberal" en el sentido económico del mismo. Es en el liberalismo económico o economía de mercado, y no en otro sistema, donde existe esta preocupación estatal por asegurar, de un lado, la fluidez del tráfico mercantil en el último eslabón de la cadena comercial y, del otro, corregir las "distorsiones" que puedan producirse por su propia lógica interna.

[142] El texto de la regla 7ma. dice "rescindir". Sin embargo coincidimos con Egea Fernández (Egea Fernández, J., *op. cit., pág. 1085*) en que se trata de un supuesto de resolución contractual y no de rescisión. Argumentando esta postura expresa que "no se trata propiamente de <rescindir>, puesto que la rescisión se basa en unas causas tasadas por la Ley –arts. 1.290 y ss. CC- y no requiere que previamente haya sido estipulada; tampoco es un supuesto estricto de desistimiento unilateral, precisamente porque, para que la desvinculación sea posible, ha de darse este aumento significativo del precio… No es tampoco un efecto legal; lo que la ley prevé para el caso que el precio resultare muy superior, es pues, de una *facultad <contractual> resolutoria* vinculada a que efectivamente se produzca el aumento."

condicionamiento añadido por el legislador español que no se encontraba en la norma comunitaria. Egea Fernández desliza que este requisito debió ser incluido siguiendo, probablemente, al artículo 10.2 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales[143].

En efecto, el texto de la letra *l)* del anexo de la Directiva 93/13/CEE se limita a exigir, para conferir validez a las cláusulas que habiliten modificaciones en el precio, que se le conceda al consumidor el "derecho a rescindir el contrato si el precio final resultare muy superior al precio convenido al celebrar el contrato". Se ha hecho notar, sin embargo, que pese la deficiente técnica gramatical con la que se ha incorporado este nuevo requisito, el texto del mismo viene a coordinarse mejor con lo que dispone la regla 2da. de la Disp. Adic. ya analizada[144], ya que la expresión "razones objetivas" resulta prácticamente equivalente a la de "motivos válidos"[145] prevista por esta última.

Antes de entrar en la interpretación de este extremo es preciso determinar si la sola existencia de estas *razones objetivas* autoriza la "modificación unilateral" del precio con prescindencia de que se le otorgue al consumidor el derecho de resolver el contrato, o si por el contrario es necesario que concurran ambos requisitos. Una interpretación meramente literal nos haría pensar que la sola existencia de razones objetivas dotarían de validez a una cláusula así redactada. Sin embargo ello implicaría sostener que la transposición efectuada por la Ley española no ha cumplido con el carácter de "mínimos" que el artículo 8 de la Directiva otorga a sus disposiciones. Ello sería así puesto que la Directiva prevé expresamente para reconocer validez a cláusulas de este tipo que el consumidor cuente con el derecho de resolver el contrato.

Entendemos que ambos extremos tienen que presentarse para considerar válidas a estas cláusulas. Esta interpretación resulta, por un lado, más conveniente a efectos de la protección del consumidor –que es el objetivo principal de la ley-, pero por otro,

[143] *Op. cit. pág. 1081*. El artículo 10.2 del Anteproyecto prohibía al predisponente "modificar unilateralmente la prestación convenida sin una *razón objetivamente* justificada…".
[144] Egea Fernández, J., *op. cit., pág.1081.*
[145] Por su parte el Código Brasileño de Defensa del Consumidor (Art. 51 inciso X) considera como "práctica abusiva" que el profesional eleve "sin justa causa el precio de productos o servicios", para luego sancionar como "cláusula abusiva" a aquellas que "permitan al profesional, directa o indirectamente, la variación del precio de manera unilateral."

también resulta más coherente con una interpretación sistemática de la Ley y de la Directiva, de la que no se puede prescindir[146].

Analizando ya la estructura normativa del precepto, sostiene Egea Fernández que, con la aceptación de una cláusula por la que se permita la modificación del precio inicial, "se viene a confirmar aquí la admisión de un cierto margen de actuación al *arbitrio o voluntad de una de las partes*, por lo menos cuando existan razones objetivas y si el precio final no resulta muy superior al inicialmente estipulado… con lo que el alcance de la prohibición absoluta que la doctrina mayoritaria otorga al artículo 1.256 CC *se ve así restringido*" (la cursiva es nuestra). Agrega que "admitida esa posibilidad en el derecho del consumo, no hay motivo para negarla con carácter general…"[147].

Si verdaderamente en el derecho del consumo se admitiera un "cierto margen de actuación" al arbitrio o voluntad de una de las partes, entonces Egea Fernández podría, ciertamente, concluir que la proscripción a la arbitrariedad que efectúa el art. 1256 ha sufrido una restricción. Sin embargo, no creemos que en base al análisis de la regla 7ma. pueda admitirse que se ha dejado lugar a ese pretendido margen de actuación del arbitrio o voluntad de una de las partes. Negar tajantemente esa posibilidad resulta fundamental no sólo para la coherencia de la posición que se sostiene en este trabajo respecto de la modificación de los contratos de consumo, sino también para evitar distorsiones en la interpretación de las normas de derecho del consumo en general.

En las palabras de los argumentos utilizados por Egea Fernández encontramos los nuestros para sostener la postura inversa. En efecto, reconoce el propio autor que esa pretendida admisión del arbitrio de una de las partes tendría lugar "por lo menos cuando existan razones objetivas y si el precio final no resulta muy superior al inicialmente estipulado" (el destacado es nuestro). Si existen *razones objetivas*, es decir, si en la causa

[146] Cfr. Cámara Águila, M. del P. (*op. cit., pág. 976*). Expresa la autora que "la cláusula predispuesta que prevea una alteración en el precio es abusiva, si no reconoce al consumidor el derecho a rescindir el contrato, en el caso de que el precio final resultante de la novación sea muy superior al inicialmente pactado… Ello, hay que entender, aunque existan razones objetivas que justifiquen el aumento del precio."; Egea Fernández (*op. cit., pág. 1081*), propone "una interpretación acorde con la Directiva" para "salvar esa eventual discrepancia"; Monge Gil, por su parte, no se expide al respecto [Monge Gil, A. L., en *"Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación"*, Ignacio Arroyo Martínez y Jorge Miquel Rodríguez (coordinadores), Tecnos, Madrid, 1999, pág. 354 y ss.].

[147] *Op. Cit., pág. 1081.* Sin embargo no termina de ser muy clara su postura pues en la página siguiente reconoce que "lo que la norma persigue bajo la llamada a las razones objetivas es la interdicción expresa de la arbitrariedad."

de esas razones no ha intervenido el profesional, y si no se causa gravamen al consumidor pues el precio no es muy superior[148], no vemos entonces dónde actúa el mentado *arbitrio* del profesional. No lo hay. La norma "autoriza" la modificación no sólo *si* se dan las razones objetivas sino también *porque* las mismas se han producido. Por ello entendemos que no queda margen para ver rastros de voluntad y menos de arbitrio del profesional. Lo que mienta la norma es, en realidad, todo lo contrario: como regla general se prohíben estas prácticas (la modificación arbitraria del precio), a través de la caracterización como abusiva de las cláusulas que las consagran, y solo las admite, excepcionalmente, si, además de estar prevista en una cláusula, existieren razones objetivas que justifiquen el aumento y concurrieren los demás requisitos previstos por la norma. Por ello, entendemos que de ninguna manera puede hablarse de "restricción" del alcance del art. 1256 CC, sino que, en base a lo dicho, se ha producido una reafirmación tanto de su contenido como de su carácter imperativo pues, de no existir la regla 7ma. entendemos que el profesional no podría legalmente modificar el precio *sin el concurso de la voluntad del adherente*[149]. Aquí se observa nuevamente que es la ley la que, por lo menos indirectamente, "crea" la obligación para el adherente de cumplir con el pago del nuevo precio modificado, en la medida que la cláusula cumpla con los requisitos fijados por la propia ley. En otras palabras, no es la voluntad del predisponente la que desencadena el aumento del precio, sino que ese aumento está condicionado a que existan "razones objetivas", cuyo contenido intentaremos desentrañar a continuación.

La jurisprudencia ha entendido que una cláusula era nula, entre otras razones, por dejar al arbitrio de una de las partes la aplicación del tipo de interés, ya que esas exigencias <…guardan íntima relación con la genérica previsión establecida en el artículo 1256 CC, que proscribe que la validez y eficacia de los contratos queden al arbitrio de una de las partes contratantes, todo ello con evidente entronque con el artículo 10 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios

[148] Al respecto el propio Egea Fernández reconoce que la cuantía del aumento debe ser de poca monta a efectos de que "se mantengan los parámetros de la equidad" (*op. cit., pág. 1081*).

[149] En sentido similar y señalando que una estipulación de ese tipo iría en contra de lo dispuesto por el artículo 1256 CC se expresa Reglero Campos ("Régimen de ineficacia de las condiciones generales de la contratación. Cláusulas no incorporadas y cláusulas abusivas: concepto y tipología", en *Aranzadi Civil, 1999-I, pág. 1654).*

en la redacción que al indicado precepto ha conferido la Ley 7/1998, de 13 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación> (Sentencia de 14 de enero de 1998, AP Asturias).

Contratos a los que se aplica:

Sin perjuicio de que la regla analizada pueda ser aplicada a los contratos de tracto sucesivo en sentido estricto (es decir a aquellos en los que en los que la prestación se va cumpliendo durante el transcurso del tiempo), nos parece que su verdadero campo de acción lo constituyen los contratos en los que, habiéndose celebrado y perfeccionado los mismos con todos sus elementos esenciales, la prestación del profesional se difiere por la propia naturaleza de la misma[150]. Es el caso, por ejemplo, de la compra de billetes de medios de transporte cuya utilización se difiere para fecha cierta o incierta (el caso más común es el de los billetes de avión, pero la situación puede darse igualmente para trenes o para autobuses), o el de los denominados viajes combinados, para citar solo algunos de los tantos supuestos que pueden presentarse.

Un ejemplo puede servir para comprender por qué proponemos esta limitación al ámbito de aplicación de esta regla 7ma.. Piénsese, por ejemplo, en un contrato de tracto sucesivo de los más usuales en la vida diaria. Podríamos imaginar un contrato de provisión de Internet o de telefonía móvil. Por lo general este tipo de contratos se concluyen teniendo especialmente en cuenta el precio del servicio ofrecido, más que cualquier otra característica del mismo[151]. Supongamos que el precio mensual del contrato elegido sea de 30 euros. Es lógico y de sentido común suponer que si la relación contractual durara 12 meses, el precio a pagar tanto el primer mes como el último sea de… 30 euros, ni uno más ni uno menos. No creemos que en casos como el de la

[150] En sentido similar Egea Fernández observa sobre el punto que la norma "ya no se limita a las ventas con precio aplazado, sino que abarca cualquier tipo contractual en el que sea parte un consumidor. Parece presuponer, eso sí, un contrato de consumo de tracto sucesivo o que, aun siendo de ejecución instantánea, ésta se difiera a un momento posterior a la celebración o el precio esté sujeto a término…". *Op. cit., pág. 1069.*

[151] Alfaro, "*Las Condiciones…"*, pág. 269-70, destaca que "el cliente debe poder confiar no sólo en que el contrato contiene la regulación usual, sino también en que el precio pactado –que normalmente ha sido decisivo para formar su voluntad de contratar- no va a resultar otro claramente distinto como consecuencia de la aplicación de las condiciones generales."

hipótesis puedan considerarse como válidas cláusulas en las que se admite la modificación del precio por referencia a un índice por más objetivo que este fuera. Piénsese en la dependencia del precio en estos contratos al Índice de Precios al Consumidor (IPC). El usuario del servicio, además de la sorpresa que se llevaría al recibir una facturación que no concuerda con lo que legítimamente creyó contratar, debería estar pendiente todos los meses de la variación del precio a pagar, por mínima que esta fuera.

Como ya se ha observado, la ley permite la modificación de su *quantum*, como regla general, cuando se producen hechos que alteran a su vez una o algunas de las circunstancias que fueron tenidas en cuenta al contratar. En este punto es importante hacer la siguiente distinción: 1) cuando el cambio de circunstancias es previsible pero incierto y; 2) cuando el cambio de circunstancias no sólo es previsible sino que además es cierto y se conoce que indefectiblemente esos cambios se producen mensualmente o en otros períodos conocidos. En el primer caso deberá estarse a lo dispuesto por la regla 2da. de la Disp. Adic. 1ra. de la LCU según lo visto *supra*, es decir, deberá comprobarse la existencia de *motivos válidos especificados en el contrato*. En el segundo caso el profesional está obligado: *a)* a incorporar esas previsiones en el precio que oferta o, *b)* a expresar en la "letra grande" tanto las circunstancias como los mecanismos por los cuales se modifica el precio[152], de lo contrario, en estos caso, la cláusula resultará sorprendente pues el precio es un elemento esencial de esta especie de contratos.

Sólo en los contratos de ejecución instantánea en los que la prestación del profesional se difiere tiene sentido la referencia a las "razones objetivas". En estos casos, en principio y si concurren aquellas, es lícito variar el *precio final*. En los contratos de tracto sucesivo no hay, estrictamente, "precio final" en el sentido que la norma emplea ese giro, sino que existe un precio que se paga, generalmente, por mensualidades. La propia expresión "precio final" nos da la idea de que el legislador ha querido referirse a contratos de ejecución instantánea, aunque de cumplimiento diferido como se ha ejemplificado más arriba. Una interpretación diversa despoja de sentido y armonía a la regla 7ma. e introduciría incertidumbre en el sistema.

[152] Cfr. Alfaro, *"Las Condiciones…",* pág. 271 y nota 174.

Por otra parte, la referencia a "índices legales" debe considerarse válida en los contratos en que ese tipo de ajuste sea de práctica usual y por lo tanto entendemos que su inclusión se encuentra limitada a los tipos contractuales en los que generalmente se suele encontrar estas cláusulas, como se verá *infra* en este mismo capítulo.

En realidad nos parece poco probable que una hipótesis de estas se presente en la realidad. Pensamos que, en este caso, el propio juego del mercado excluiría conductas de ese tipo. Sin embargo, no nos parece superfluo fijar nuestra posición al respecto ante la apatía de la doctrina, que no trata el punto por lo menos de manera expresa.

¿Cuándo estamos ante <razones objetivas>?

El legislador nada dice respecto del contenido de esta expresión. Sin embargo es posible descubrir su significado y contenido a través de una interpretación sistemática de la propia Ley de CGC y de las demás normas que encuentran relación con este tópico, tanto específicas como de Derecho común.

En una primera aproximación se coincide en que la existencia de razones objetivas implica que el aumento del precio tiene que estar determinado por causas que se han producido con independencia de la voluntad del profesional[153]. Como puede observarse, existe aquí un paralelo con lo estipulado por la regla 2da., en tanto esta exige la concurrencia de *motivos válidos* para considerar válida una cláusula modificativa, y una de las característica de aquellos es que sean ajenos a la voluntad del profesional. Sin embargo, Egea Fernández entiende que ello sólo resulta insuficiente para calificar de objetivas a las razones que justifican el aumento. Sostiene en ese sentido que una interpretación según la Directiva 93/13 CEE "impide que se puedan trasladar al consumidor, sin más, los riesgos derivados de cualquier cambio de circunstancias que, como el aumento de los costes de producción, repercuten en el precio en su concepción más amplia, salvo que la ley lo prevea expresamente"[154]. Coincidimos con el autor en el resultado de su razonamiento, es decir, en la nulidad de una cláusula tal. No obstante, entendemos que la causa de esa nulidad se debe, no tanto al hecho de que se trasladen

[153] Cfr. Egea Fernández, J., *op. cit. pág. 1082* y Cámara Águila, M. del P., *op. cit., pág. 974.*
[154] *Op. cit., pág. 1082.*

los riesgos al consumidor, sino más bien en que una cláusula que faculte el aumento del precio fundado en el aumento correlativo de los costos de producción no es una cláusula que invoque razones objetivas. En otras palabras: el aumento de costes nunca podrá estimarse como "ajeno a la voluntad del profesional", en el sentido de que éste siempre puede ser previsto, por lo menos, dentro de ciertos márgenes. Y no sólo eso, sino que también puede ser neutralizado con una adecuada y diligente conducta empresarial que siempre es esperada en alguien que se dedica de forma profesional a determinada actividad. Afirma Ferrer Riba sobre esto que "permitir al predisponente reservarse el derecho de modificar el contrato en estos casos puede romper la estructura de incentivos propia del contrato originario y ocasionar graves problemas de riesgo moral (*moral hazard)*: la confianza del empresario en su facultad de revisar el contrato si las circunstancias que dependen de él empeoran va a reducir sus incentivos para adoptar el nivel de precaución socialmente deseable…"[155].

Podríamos entonces clasificar a estos fines a los costos en "internos" y "externos", pero no desde un punto de vista económico, sino estrictamente jurídico. Entenderemos a los primeros como aquellos en los que cabe para su determinación, aunque fuere un mínimo de voluntad del profesional (incluso en una huelga puede verse ese mínimo de voluntad del profesional pues éstas se producen, generalmente, por las políticas laborales del empresario). Los segundos, es decir los "externos", son aquellos en cuya modificación no cabe ninguna duda que el empresario no intervino ni directa ni indirectamente. Es el caso de la variación de impuestos[156], el tipo de cambio, el combustible, etc.. No es casualidad que los ejemplos utilizados sean algunos de los que prevé expresamente el artículo 7 de la Ley 21/1995, de 6 de julio, de viajes combinados.

[155] Ferrer Riba, J., op. cit., pág.1006-07. En sentido similar el propio Egea Fernández, (op. cit., pág. 1069) reconoce que "el riesgo empresarial debe soportarlo la propia empresa y el consumidor debe poder calcular, desde un principio, el sacrificio económico que asume en el contrato". Albaladejo *("Derecho Civil",* T. II, Derecho de Obligaciones, Vol. 1°, Ed. Bosch, 1989, pág. 484) matiza esta apreciación al sostener que la misma debería utilizarse "…de forma que no cualquier alteración, por pequeña que sea (que, en principio, postularía igualmente un cambio, auque igualmente pequeño, en aquellas condiciones), dé lugar a modificaciones, porque entonces reinaría –a base de la equidad- la inseguridad jurídica, ya que no habría precio en la compraventa, renta en el arrendamiento, interés en el préstamo, etc., que no hubiese que reajustar cada poco, ante las normales oscilaciones del mercado…".

[156] En el caso de los impuestos creemos que sólo sería legítimo modificar el precio si el impuesto que ha sido aumentado es de aquellos en que el sujeto pasivo de la imposición tributaria es el consumidor final (v.g. el IVA u otro de los denominados impuestos al consumo). Por el contrario, no sería ni legal ni legítimo una modificación del precio que tuviera como pretendida causa el aumento de un impuesto a las rentas, donde el sujeto pasivo es el empresario.

Precisamente esa ley establece como requisito para que la revisión del precio sea válida, entre otros, que se limite a repercutir los precios del transporte, coste del carburante, tasas o impuestos, o tipos de cambio. Como puede observarse, la voluntad del profesional no podría estar presente en la modificación de ninguno de esos costes, por lo menos como regla general.

Podemos entender entonces que sólo los costes que hemos denominado como "externos" pueden tener la virtualidad de desencadenar una modificación válida del precio original, y en la determinación del tipo de coste frente al que estamos deberá adoptarse un criterio muy restrictivo. Es necesario señalar además que deberá tenerse en cuenta también la influencia de cada coste en el precio final del producto o servicio, y sólo aquellos aumentos que no pudieron ser previstos –e incluidos en el precio original- podrían alegarse para realizar la modificación.

7.2.a) 2) Constancia o especificación de las razones objetivas.-

Motivada por la falta de previsión legal expresa, la doctrina se ha preguntado si en el caso de que concurran razones objetivas que habiliten al profesional a aumentar el precio final sobre el convenido, resulta además necesario que esas razones hayan sido previstas o especificadas en el texto de las condiciones generales[157].

Observa Egea Fernández que resulta llamativo que, a diferencia de lo que establece la regla 2da.[158] (modificación unilateral de contratos), en la regla 7ma. no se hubiera exigido "la constancia o especificación de aquellas razones objetivas", lo que hubiera resultado más lógico "tratándose de una cláusula predispuesta por la que se autoriza al profesional a aumentar el precio…" pues de esa forma "se eliminaría cualquier efecto sorpresa para el consumidor"[159].

[157] Debe entenderse que estamos refiriéndonos a los casos en los que verdaderamente se trata de la previsión de un aumento del precio por modificación de circunstancias (razones objetivas), y no a los supuestos en que, en realidad, estamos ante un encubrimiento del verdadero precio, lo que constituiría una cláusula sorpresiva.
[158] Se recuerda que la regla 2da. exigía que los motivos válidos estuvieran *especificados* en el contrato.
[159] *Op. cit., pág. 1082.*

Creemos por nuestra parte que, pese a la imprevisión del legislador, la constancia o especificación de las razones objetivas en el texto del contrato debe considerarse como un requisito de validez de esta especie de cláusulas.

Sostenemos nuestra posición en los siguientes argumentos:

a) Como ya se ha dicho la regla 2da. debe ser considerada como un principio o regla general en materia de modificación de contratos con consumidores. En esa línea de razonamiento es legítimo sostener que una regla que contiene previsiones más específicas, como es el caso de la 7ma., es incorporada al plexo legal para agregar garantías y protección al consumidor y no para quitarle derechos que la misma norma le ha conferido previamente.

Nos parece que una interpretación basada en el principio de que "una norma específica deroga a otra general" no es aplicable al caso. En efecto, debe reconocerse que la aplicación de ese principio tiene operatividad cuando hay una diferencia por lo menos de género a especie en los objetos regulados -donde cambian algunos de sus elementos- y, por lo general, la regulación específica acentúa la protección del principio y no al revés. Es el caso de la legislación que regula el plazo de duración de los contratos en general (género) y en los de locación de inmuebles para vivienda en particular (especie). Para los primeros la ley no fija plazo mínimo de duración, mientras que para los segundos sí lo hace, pero en salvaguarda de la que supone la parte más débil de la relación: el locatario[160].

En virtud de lo anterior debe interpretarse la regla 7ma. como fortalecedora de la posición del consumidor y no como debilitadora.

b) La regla 7ma. está inserta en una regulación sobre cláusulas predispuestas o condiciones generales: en ese contexto pensamos que no podría sostenerse como válida una cláusula por la que el profesional se reservara la facultad de aumentar el precio "si concurrieran razones objetivas" o "causas ajenas a su voluntad". No bastaría. Esa redacción no cubriría los criterios de *transparencia, claridad, concreción y sencillez* a los que se refiere el artículo 5 párrafo 5° de la LCGC sobre requisitos de incorporación. No

[160] Este ejemplo en particular ha sido extraído de la legislación argentina, aunque creemos que no hay dificultad para encontrarlos en cualquier otra.

basta con que se cumpla uno de los requisitos previstos por el sistema, sino que deben cumplirse todos, incluso aquellos que aparecen implícitos[161].

c) La previsión expresa que sí realiza la Ley de Viajes Combinados ya referida: el artículo 7 de esa norma exige, para que la revisión del precio sea válida, que se haya efectuado una previsión expresa en el contrato de esa posibilidad. Como se ha sostenido, resulta conveniente acudir a interpretaciones sistemáticas de todo el plexo normativo de protección del consumidor. Se trata en este caso de una aplicación particular de la reserva por el predisponente de la facultad de aumentar el precio[162]. El supuesto de hecho previsto para los viajes combinados guarda estrecha similitud con la reserva, efectuada por las compañías aéreas, de la facultad de modificación del precio de los billetes vendidos con la fecha de regreso "abierta"[163].

7.2.a) 3) La facultad del consumidor de resolver el contrato.-

La regla 7ma. incluye como otro requisito, para que una cláusula de modificación del precio pueda ser considerada como válida, que se le otorgue al consumidor la facultad de resolver el contrato si el precio resultare muy superior al inicialmente estipulado.

Nuevamente la defectuosa técnica de redacción de esta norma genera dificultades interpretativas. La doctrina lo ha puesto de manifiesto al señalar que la ley invalida a la

[161] A lo dicho en el texto puede agregarse que Pagador López considera entre las denominadas cláusulas sorpresivas, que generan el efecto sorpresa en cuanto a la propia regulación del contrato, tanto a las reguladas por la regla 2da. (modificación unilateral en general) como a las previstas por la regla 7ma. (modificación de precios). Un antídoto contra este tipo de cláusulas –las sorprendentes- lo constituye el regular cumplimiento de los denominados requisitos de inclusión (véase al respecto Alfaro, *"Las condiciones…"*, pág. 241 y ss.).

[162] En el caso de la LVC se exige que la modificación pueda tener lugar tanto para el alza como para la baja como se verá más detalladamente infra.

[163] La SAP Madrid de 7-6-1994 (art. 1155) se pronunció por la validez de una cláusula contenida en un contrato de transporte aéreo en la que se preveía la validez del billete por un año desde la fecha de emisión del mismo disponiendo que "*la tarifa está sujeta a modificación antes de iniciarse el viaje*". El tribunal entendió que la cláusula era válida porque la variación del precio no estaba sujeta a la voluntad unilateral del transportista puesto que el artículo 101 de la Ley de Navegación Aérea exigía la previa aprobación del Ministerio. Si bien en una estipulación como la anterior es difícil identificar una cláusula sorpresiva para el usuario, por otra parte resulta dudoso que nos encontremos ante uno de los casos de *razones objetivas* que exige la ley para autorizar la modificación, puesto que la antelación de la compra del billete permite a la compañía aérea amortizar casi cualquier incremento de costos futuros.

cláusula por la que el profesional se reserva la facultad de aumentar el precio inicial sin que existan razones objetivas "*o*" sin reconocer al consumidor el derecho a resolver el contrato en caso que el precio final resulte muy superior al inicialmente pactado. Esa partícula disyuntiva "o" parecería indicar en una primera aproximación que la cláusula devendría válida en cualquiera de los dos supuestos: 1) si concurren razones objetivas *o,* 2) si se concede al consumidor el derecho a resolver el contrato.

Sin embargo un análisis más profundo revela la necesidad de que concurran simultáneamente en el contrato los dos extremos. Es decir que una cláusula de este tipo solo será considerada como válida si, además de prever razones objetivas que justifiquen la modificación, se otorga al cliente la facultad de resolver el contrato en caso de discrepancia considerable entre el precio inicial y el resultante de la modificación[164].

Esta interpretación resulta coherente no sólo con el texto de la Directiva sino también con la regla 2da. cuando regula estas cláusulas en los contratos de prestación de servicios financieros, donde el profesional puede modificar el tipo de interés cuando concurran *razones válidas*, siempre que informe de ello a los contratantes y estos puedan *resolver* inmediatamente el contrato. Igual criterio se sigue para la regulación de los contratos de servicios financieros de duración indeterminada y para los de viajes combinados (aunque en este último caso los requisitos exigidos para la modificación son más precisos que los previstos aquí).

Sin embargo el hecho de que se le conceda al consumidor el derecho a desvincularse del contrato no implica, por sí solo, una verdadera *protección* para el mismo. Piénsese por ejemplo en los casos, por lo demás comunes, en los que el usuario de un servicio se ve prácticamente obligado a contratar con un determinado profesional, debido al carácter cuasi monopólico con que éste presta ese servicio. En estos casos el derecho a resolver el contrato que se le reconoce al consumidor no es más que una

[164] En este sentido expresa Cámara Águila (*op. cit., pág. 976*) que "la cláusula predispuesta que prevea una alteración en el precio es abusiva, si no reconoce al consumidor el derecho a rescindir el contrato… Ello, hay que entender, *aunque existan razones objetivas que justifiquen el aumento del precio*" (la cursiva es nuestra). También Egea Fernández (*op. cit., pág. 1085*) sostiene de manera similar que "el que la Ley española, a diferencia de la Directiva, añada una expresa referencia a las razones objetivas mediante la conjunción "o", no supone establecer un régimen propio y autónomo de validación de esas cláusulas; es decir, interpretada la presente disposición de acuerdo con la Directiva, la exigencia de que el precio final no resulte muy superior al inicial también debe regir para el supuesto de concurrencia de razones objetivas…".

declaración voluntarista sin operatividad alguna ya que el usuario "deberá", si quiere conservar el servicio, "aceptar" la modificación introducida por el profesional, pues si decidiera rechazarla se quedaría sin el servicio y sin poder recibirlo de otro operador[165]. En efecto, Egea Fernández, destaca que "efectivamente, en situaciones en las que el consumidor se halla en la necesidad de contratar, aunque se le conceda la facultad de resolver, si quiere disponer del bien o servicio no tendrá más remedio que mantener el contrato con un precio superior. Dicho en otras palabras, la facultad de resolución facultará al consumidor para no pagar el precio aumentado si se desvincula del contrato, pero no le permite adquirir el bien por el precio inicialmente fijado, por lo que escasamente puede hablarse de protección"[166].

El mismo autor observa otro problema de características similares al anterior que podría suscitarse. Se trata de aquellos casos en los que el profesional, con la deliberada intención de desvincularse del contrato, incluye una cláusula de esta especie por la que se reserva la facultad de modificar, aumentándolo de manera extraordinaria, el precio del bien o servicio. En ese caso el consumidor no tendría otra alternativa que resolver el contrato, "con lo que el primero conseguiría escapar a la exclusiva ineficacia de la cláusula abusiva, extendiéndola a todo el contrato, colocando al consumidor en una situación de desventaja"[167]. En estos casos el profesional no tiene la intención de aumentar el precio, sino de librarse del cumplimiento del contrato. Sostiene Egea Fernández que llegado el caso entiende que una conducta tal sería contraria al principio de buena fe y, por tanto, no tendría amparo legal[168]. En efecto, la ley no ampara el ejercicio abusivo de derechos y por lo tanto este tipo de prácticas no deben ser protegidas. Entendemos que estas conclusiones también pueden ser aplicadas al caso expuesto en el párrafo anterior.

[165] Al respecto señala Cámara Águila (*op. cit., pág. 978-79*) que "en las situaciones de monopolio bilateral, el consumidor puede verse abocado a aceptar la cláusula predispuesta que prevea el incremento del precio, aunque éste resulte finalmente muy superior al inicialmente pactado. La rescisión del contrato o, más aún, la declaración de nulidad de la cláusula, para el caso en que aquélla posibilidad no le sea reconocida, puede resultar más lesivo para el consumidor, que aceptar el aumento exigido por el profesional".

[166] Cfr. Egea Fernández, *op. cit., pág. 1086*.

[167] *Idem,* pág. 1087.

[168] *Idem,* pág. 1087.

Es en casos como los anteriores en los que se observa con mayor nitidez la necesidad de que, por un lado, se presenten simultáneamente "razones objetivas" y se haya otorgado al consumidor el derecho a resolver el contrato y, por otro lado, la existencia de razones objetivas sea analizada con un criterio restrictivo.

7.2.b) La adaptación a un índice legal que describa explícitamente la variación de precios.-

La Ley, al igual que la Directiva, estima que no hay razón para considerar abusiva una cláusula de modificación del precio inicial si la adaptación del mismo está supeditada "a un índice, siempre que sean legales y que en ellos se describa explícitamente el modo de variación del precio".

En otras palabras se puede afirmar que serán válidas las cláusulas en las cuales la variación del precio esté sujeta a un índice que reúna los caracteres y requisitos previstos por la ley.

Una primera cuestión se nos presenta en el análisis de este párrafo: la modificación del precio por aplicación del índice de que se trate ¿debe permitir también la baja del precio?. La norma en cuestión no lo resuelve expresamente; el texto de la Directiva no agrega nada al respecto pues el tenor literal de la letra *d)* del punto 2 del Anexo es idéntico al de la regla 7ma..

No obstante ello creemos que debe interpretarse que la variación del precio debe poder producirse tanto al alza como a la baja. Entendemos que esta conclusión puede ser extraída en base a los siguientes argumentos:

1) Si bien el texto de la regla estudiada no lo dice expresamente, el hecho de que se refiera a la "adaptación" y a la "variación" de precios sin aludir directamente a su *aumento* (como sí lo hace en el primer párrafo), nos ofrece un indicio de que la intención del legislador ha sido establecer que la variación del índice a la baja tenga también la virtualidad de producir la modificación del precio en beneficio del consumidor.

2) Una interpretación sistemática impide dejar de lado lo dispuesto, por un lado, por la letra *c)* del artículo 10 de la LGDCU que requiere la existencia de "buena fe y *justo*

equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes…". Permitir que una cláusula indexatoria produzca efectos sólo cuando sea favorable al profesional (variación al alza), contradice, sin duda alguna, los postulados de la buena fe pero, sobre todo, atenta contra el justo equilibrio que la norma pretende salvaguardar en los contratos con consumidores. En efecto, sostiene Cámara Águila (aunque sin tratar el tema de forma expresa), que "con estas cláusulas se trata de *mantener a lo largo del tiempo el valor de la prestación pecuniaria*, no de sacar un provecho injustificado a favor del acreedor"[169]. Ergo, si lo que se pretende es conservar el valor de la prestación y esa prestación vale menos, el precio debería disminuir.

Por otra parte el artículo 10 bis. 1. de la LGDCU establece asimismo que se considerarán cláusulas abusivas las que causen "un *desequilibrio* importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato"[170]. Es evidente que una cláusula que sólo permite la modificación del precio cuando este sube, implica un desequilibrio de derechos, ya que, en ese caso, sólo podría sacar provecho de la misma el profesional mientras que el consumidor solo podría ver aumentar el precio inicial mas no disminuir, aún cuando una baja en el índice elegido atestiguara una real disminución en los costes del profesional. Esto implicaría, necesariamente, un aumento de la utilidad del profesional sin justificativo alguno: un enriquecimiento sin causa.

3) En tercer lugar consideramos que la baja del índice debe reflejarse en una baja del precio inicial pues para el supuesto de viajes combinados se prevé así expresamente. Precisamente uno de los requisitos que la Ley 21/1995 de viajes combinados exige para considerar válida una cláusula de ese tenor consiste en que la modificación del precio se pueda dar tanto al alza como a la baja (art. 7).

De manera similar regula el mismo supuesto la Ley 7/1995, de 23 de mayo, de Crédito al Consumo. El artículo 8 de la mencionada norma permite la modificación del

[169] Cámara Águila, M. del P., *op. cit., pág. 979.*

[170] La ley argentina de Defensa del Consumidor 24.240 exige *reciprocidad en el trato* cuando regula los contratos de provisión de servicios públicos domiciliarios. En ese sentido establece que "las empresas indicadas en el artículo anterior deben otorgar a los usuarios reciprocidad de trato, aplicando para los reintegros o devoluciones los mismos criterios que establezcan para los cargos por mora." Si bien el texto del artículo se refiere solamente a los reintegros que por diversas causas deban efectuar las empresas de servicios públicos domiciliarios a sus clientes, entendemos que la reciprocidad debe estar presente en todo contrato y a todo efecto pues de otro modo se permitiría la arbitrariedad de una de las partes (arg. Art. 1256 CC español).

coste total del crédito, siempre que se pacte por escrito y se adecue a lo prescripto por el citado precepto, en especial se exige que "la variación del coste total del crédito se deberá ajustar, *al alza o a la baja*, a la de un índice de referencia objetivo".

El Tribunal Supremo ha interpretado que las cláusulas en las que sólo se contempla de forma expresa la posibilidad de la modificación al alza, son válidas en la medida en que también <queda abierta la posibilidad de incluir en ellas las variaciones a la baja, si el índice o acuerdo del órgano oficial se pronuncia en tal sentido…> (STS de 22 de enero de 1988, Repertorio de Jurisprudencia 1988, 135)[171].

Con referencia a lo que debería entenderse por "índice de referencia objetivo" afirma Díez-Picazo que, en principio, parece tratarse de concepto en el que la voluntad del prestamista o financiador no pueda resultar decisiva[172].

En relación a las cláusulas de interés variable de las hipotecas, García García menciona algunas de las conclusiones a las que había llegado una Comisión de Registradores del Centro de Estudios Hipotecarios de la Delegación de Cataluña; entre lo que nos resulta relevante a nuestra investigación, la Comisión dijo:

> "Ha de cumplirse lo dispuesto en los artículos 1256 y 1449 del Código Civil. *El criterio de determinación del interés no puede quedar al arbitrio de una de las partes contratantes.* Consecuencia de esto es que no es inscribible la cláusula en que el tipo de referencia es el preferencial de la propia entidad prestamista. Cierto que en la determinación de este preferencial operan condiciones del mercado financiero, pero esto no es suficiente para mantener la objetividad del criterio, pues en alguna medida interviene la entidad prestamista, y esto es suficiente para la aplicación de esos preceptos, sobre todo tratándose de cláusulas que operan en la práctica a modo de contrato de adhesión, en que la interpretación ha de ser restrictiva. Cierto también que la Circular 12/1981, de 24 de febrero, del Banco de España, incluye entre los que recomienda el tipo de interés preferencial, pero a

[171] En el mismo sentido pueden verse las STS de 14 de mayo de 1987 recogiendo el sentido de las de 4 de febrero, 9 de marzo y 9 de abril del mismo año (R.J. 683) y la SJPI n°50 Madrid de 11 de septiembre de 2001, comentada por Domínguez Luelmo en RDBB n°88, pág. 209 y ss..

[172] Díez-Picazo, Luis, "Contratos de crédito y protección de consumidores", *en ADC, Tomo LII Fascículo IV, octubre-diciembre de 1999, pág. 1363.*

efectos hipotecarios, la calificación registral ha de partir de la aplicación preferente del Código Civil. Por tanto ha de estimularse un tipo de interés de referencia totalmente objetivo"[173].

Por otra parte, y aunque los autores consultados no lo tratan, nos parece importante preguntarnos si es posible utilizar la indexación, tal como está prevista en la ley, para cualquier tipo de contrato con consumidores, o si sólo podrá emplearse este mecanismo en aquellos sectores de la actividad económica donde su naturaleza, las circunstancias o los usos mercantiles así lo determinen.

La ley no impone límites de ningún tipo, sin embargo ya hemos sostenido que no sería conveniente aceptar la inclusión y operatividad de cláusulas modificativas del precio en todos tipo de contratos con consumidores[174]. De igual manera entendemos que no sería conveniente aceptar como válida la introducción, por vía de condición general, de una cláusula que es de la esencia de los contratos en general como lo es el precio y todo lo relativo a su eventual modificación. De lo contrario se corre el riesgo de introducir una cláusula sorpresiva para el consumidor.

En estos casos parece conveniente distinguir entre *a)* aquellos contratos en los que es corriente –y por tanto conocido- que el precio se actualice periódicamente de acuerdo a índices objetivos (es lo que ocurre generalmente en la actividad bancaria con los servicios financieros), y *b)* aquellos otros contratos en los que lo normal, lo común y conocido por el cliente es que, pese a tratarse de acuerdos en los cuales la prestación se cumple de manera continuada en el tiempo (tracto sucesivo), el precio no se modifique con el mero transcurso del tiempo y donde una cláusula que sujete esa modificación a un índice puede ser considerada como abusiva por su carácter sorpresivo. Por ejemplo, la sentencia del BGH alemán en la que el tribunal entiende como válida una cláusula que posibilita el aumento del precio final sobre el inicial, cabe perfectamente dentro del primero de los supuestos ya que se trataba de un contrato de venta a plazo de un automóvil y donde las circunstancias del caso (la entrega se postergaba por falta de

[173] García García, José Manuel, "El Registrador de la Propiedad ante las cláusulas de interés variable de las hipotecas", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Tomo LVII, 1984, p. 24.*

[174] Véase *supra*, en este mismo Capítulo, "Contratos a los que se aplica".

stock del vehículo en cuestión, circunstancia que era conocida por los compradores) justificaban una reserva de modificación del precio final[175].

Para los supuestos en los que no es usual que el precio sea modificado mientras se está cumpliendo el contrato creemos que no será válido en ningún caso la incorporación de cláusulas indexatorias como condiciones generales de la contratación, pues las mismas resultarían sorpresivas para el cliente. En esos casos si el profesional pretende efectuar modificaciones al precio inicial deberá incluirlas como un componente más del precio que debe ser consentido por el consumidor como una cláusula esencial del contrato y que por tanto no puede ser incluida en el clausulado de condiciones generales. Así lo destaca Alfaro, quien comentando una sentencia de un tribunal alemán que había declarado abusiva una cláusula por la que se permitía a los hospitales pedir una cantidad superior a la facturada en el caso de que con posterioridad al contrato se produjese una elevación de los precios fijados administrativamente con carácter retroactivo- sostiene que "en el caso, y analizando los intereses en juego, parece razonable pensar que si la administración fija unos precios y los aumenta con carácter retroactivo, no es abusivo que el hospital pueda trasladar dichos aumentos a la clientela. Pero –continúa- como afirmó en una sentencia sobre un caso similar el LG Colonia [10-4-1979, *NJW* (1979), p. 2356] <lo decisivo aquí no es si está justificado o no el aumento sino la cuestión de si puede pretenderse su validez frente al cliente, porque estas cosas –la posibilidad de subida- **hay que ponerlas en el contrato, no en condiciones generales**>"[176] (el destacado es nuestro).

En la legislación comparada debe destacarse que el artículo 22.4 del Decreto Ley portugués de Condiciones Generales ha fijado una posición análoga a la aquí sostenida, admitiendo las cláusulas de indexación "cuando su empleo se muestre compatible con el tipo contractual donde se encuentren insertadas".

Además de lo dicho, y como ya se señalara, y aún a falta de previsión legal, nos parece que el propio juego del mercado impedirá que en algunos sectores de la actividad económica se introduzcan cláusulas de este tipo pues los consumidores rechazarían

[175] Debe tenerse en cuenta la particularidad de la legislación alemana al respecto que, como ya se expusiera, excepciona de la aplicación del parágrafo 11.1 de la GB-Gesetz a las relaciones duraderas.
[176] Alfaro, *"Las Condiciones…"*, pág. 271 y nota 174.

prácticas como esas. Sin embargo el riesgo existe en aquellos otros sectores donde la competencia no existe o no es suficiente.

Nuestro razonamiento no reviste demasiada complejidad. Partimos de la constatación empírica de que este tipo de cláusulas no son incluidas sino en aquellos sectores de la actividad económica en que son necesarias por la propia naturaleza del negocio y que, por esa misma causa, resultan ampliamente conocidas para los adherentes. Ello es tan así al punto que esas convenciones sobre el tipo y cuantía del índice, ni siquiera constituyen, en la mayoría de los casos, una condición general de la contratación sino que forman parte del precio como cláusula esencial, como ya se ha señalado antes. Una vez constatada esta realidad, las normas dictadas por el legislador deben servir para resguardar, con el mayor sentido de justicia posible, los intereses de las partes. Sin duda que en el ámbito del Derecho de Consumidores, su carácter tuitivo debe inclinar la balanza de manera de restituirla al equilibrio perdido.

Como consecuencia de lo dicho podemos afirmar que realizar interpretaciones forzadas de las normas resulta una tarea inicua. En efecto, las normas no se sancionan para crear conductas a partir de ellas, sino que, por el contrario, regulan conductas ya existentes. De nada sirve recorrer el camino inverso. Aplicados estos razonamientos al caso que aquí estudiamos podemos decir que al no aplicarse cláusulas indexatorias a más contratos que a aquellos en los que su naturaleza lo exige, extender el análisis a otros contratos en los cuales el propio mercado no utiliza ese tipo de estipulaciones nos parece innecesario al propio tiempo que genera confusión e inseguridad.

En conclusión nos parece que, en base a las apreciaciones anteriores, lo más conveniente en el análisis de una norma de defensa de los consumidores es interpretar que las cláusulas indexatorias sólo pueden utilizarse válidamente en aquellos contratos donde su uso es corriente y conocido por el cliente. En esos casos, además, la cláusula debe cumplir con dos requisitos de validez: (1) que el índice sea legal, y (2) que describa explícitamente el modo de variación del precio.

7.2.b) 1) ¿Cuándo un índice es *legal*?

Una interpretación literal de la norma nos llevaría a pensar que la legalidad del índice vendría dada sólo por su previsión en una ley del parlamento. Ello ha llevado a sostener que una interpretación como esa prácticamente limitaría el alcance de la norma al Índice de Precios al Consumidor (IPC). Así lo entiende Cámara Águila, quien opina que "ello implicaría una interpretación demasiado restrictiva de la cláusula. De ahí que por índices legales debamos entender aquellos que no resulten contrarios a la ley. A nuestro juicio –continúa la autora-, serán contrarios a la ley los índices en los que se haga depender su variación de la voluntad arbitraria del profesional (art. 1256 CC). Los demás índices que respondan a vicisitudes objetivas del mercado serán legales"[177].

Por nuestra parte pensamos que una interpretación coherente con la que hemos expuesto respecto de los tipos contractuales en los que se podrían aplicar cláusulas indexatorias (restrictiva), nos lleva a sostener una posición más apegada al texto legal. En efecto, nos parece que si el legislador hubiera tenido la intención de supeditar la validez de los índices a aquellos que fueran "objetivos", en el sentido de que no dependan de la voluntad del predisponente, así lo hubiera dicho de manera expresa. Pero no lo ha hecho así, sino que ha querido limitar la validez de la indexación a unos pocos casos en los que la intervención estatal en la fijación del índice garantice la equidad y razonabilidad de la modificación. De lo contrario el profesional podría imponer un índice en el que si bien no intervine para su formulación, puedan preverse aumentos injustificados que no se compadezcan con el aumento real de costos y que, por tanto, no represente para el cliente ninguna seguridad de razonabilidad o mantenimiento del equilibrio de las prestaciones.

El mismo criterio que aquí se defiende han consagrado diversas normas de protección al consumidor. Es el caso de la Ley de Arrendamientos Urbanos que prevé en su artículo 18 al IPC como medida de la modificación del precio del arrendamiento.

Hace lo propio el artículo 9.5° de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre Derechos de Aprovechamiento por Turno de Bienes Inmuebles. Si bien es cierto que en este último caso (el de aprovechamiento por turnos) la ley prevé, como alternativa al IPC, que las partes puedan establecer "otra forma de actualización, que no podrá quedar

[177] Cámara Águila, M. del P., *op. cit., pág. 980*. En sentido similar parece manifestarse Egea Fernández (*op. cit., pág. 1088, nota 42*), quien reconoce que "en sentido amplio, podría incluirse también cualquier índice no prohibido por la ley, es decir, que su variación no dependa de la voluntad del profesional…".

al arbitrio de una de ellas…", la propia ley salva la incertidumbre en la que se colocaría al cliente al exigir, para ese caso, que se indique *a título orientativo, cuál ha sido la media de dicho índice en los últimos cinco años.*

La excepción parecería estar marcada por la Ley 7/1995 de Crédito al Consumo, que también otorga una posibilidad similar al establecer ya en forma expresa que la variación del coste del crédito de deberá ajustar "a la de un índice de referencia objetivo". En este caso una interpretación acorde a la naturaleza del contrato nos llevaría a exigir, creemos, que el índice de referencia sea de aquellos que fijan las instituciones bancarias oficiales (bancos centrales o bancos nacionales), que por su condición de reguladores y no de protagonistas del mercado, garantizan mejor el extremo de "objetividad" requerido por la norma. Este tipo de índice se adecua mejor a la naturaleza del contrato en tanto los índices bancarios (intereses) representan el costo del dinero a plazo en el mercado, que no es otra cosa que la que se realiza en las operaciones de crédito al consumo[178].

De lo anterior resulta importante extraer como conclusión que, en aquellos casos en los que es posible incorporar una cláusula de indexación, el índice al que se supedite la modificación del precio debe ser compatible con el tipo contractual en el que se inserta, como lo prevé expresamente el Decreto Ley portugués antes citado. De ahí que devendría nula, por abusiva, una cláusula que incorporara como índice de referencia a un contrato de crédito al consumo al índice de precios percibidos por el agricultor establecido por el Ministerio de Agricultura (art. 38 Ley de Arrendamientos Rurales). Ello así pues, aún cuando el mencionado índice tiene carácter "legal" en sentido estricto, es a todas luces evidente que no guarda ninguna necesaria relación con un contrato de crédito al consumo y que lo más lógico para ese caso sería incorporar un índice de una entidad bancaria oficial o el propio IPC.

Nótese que el supuesto tratado en el presente parágrafo reviste caracteres diferentes al que fuera analizado en el anterior. En aquél sosteníamos que la indexación no puede ser utilizada discrecionalmente por el profesional en cualquier tipo de contratos con consumidores sino solamente en aquellos en los cuales esa práctica sea

[178] La Sentencia de 14 de enero de 1998, de la AP Asturias ha considerado abusiva una cláusula porque vulneraba, entre otras normas, el art. 8.2 de la Ley de Crédito al Consumo <que obliga a que la variación del coste del crédito se ajuste a un interés de referencia objetivo…>.

común y conocida a efectos de evitar cláusulas sorpresivas, mientras que en este otro supuesto sostenemos que, dentro de aquellos contratos en los que sí es posible incluir cláusulas indexatorias, el índice que se utilice debe ser adecuado a la naturaleza del tipo contractual.

Por otra parte, no creemos que esta interpretación necesariamente restrictiva de lo "legal", limite la aplicación de la norma únicamente al IPC como sostiene Cámara Águila sino que, como se ha dicho, también deben entenderse incluidos los índices que periódicamente publican los bancos centrales de los diversos países o el equivalente europeo (Banco Central Europeo).

La misma autora plantea otra cuestión que, en su opinión, podría presentarse. Se trata de saber si pueden encuadrarse dentro de la categoría de *índices legales* a "las variaciones porcentuales fijas que se encuentren previstas en el contrato (v. gr., se aplicará al precio una variación anual del dos por ciento)…". Sobre ello sostiene que debido a que los índices se encuentran compuestos por *variables*, y son por su naturaleza fluctuantes, "cabe concluir que las cláusulas que prevén una variación fija han de considerarse abusivas"[179]. A igual conclusión llegamos nosotros pero sin necesidad de indagar en los aspectos técnico-económicos de los índices pues, al no tratarse en puridad de índices legales en el sentido que aquí le hemos asignados carece de sentido preguntarnos sobre su composición. Ningún índice legal prevé variaciones fijas. Ello sin embargo no obsta a que el razonamiento de la autora comentada aparece como acertado y puede utilizarse como un argumento más para sostener la misma conclusión.

Otra exigencia que a estas alturas aparece casi como obvia consiste en señalar que la determinación del índice debe ser ajena a la voluntad de la empresa contratante y, por tanto, esa determinación tampoco puede ser efectuada por compañías pertenecientes al mismo grupo económico. Así lo ha señalado expresamente la SAP de Madrid de 28 de febrero de 1995, donde se apreció que no podía ser considerado como objetivo un índice fijado por una entidad que pertenecía al mismo grupo de la entidad prestamista, declarándose por tanto el carácter abusivo de la cláusula[180].

[179] Cámara Águila, M. del P., *op. cit., pág. 981.*
[180] Sentencia comentada por Colina Garea en *RDBB, n°63, pág. 721 y ss..*

7.2.b) 2) Descripción explícita del modo de variación del precio.-

Ya se ha señalado que uno de los principales objetivos de la ley, en relación con las cláusulas que sujetan la variación del precio inicial a índices, consiste en garantizar que el consumidor conozca de antemano todo lo relacionado a esa variación, de manera que no se vea *sorprendido* con posterioridad. En ese orden de ideas se encuentra la exigencia de que se describa de modo claro y comprensible la forma en que se producirá la modificación del precio.

Como consecuencia de lo dicho no bastará que el profesional se valga de un índice que pueda ser considerado como legal, sino que además deberá describir de forma clara y precisa el modo en que ese índice influirá sobre el precio que se ha fijado (arg. Art. 5.4 LCGC). No estaría de más, y por el contrario lo consideramos conveniente y hasta necesario, que el profesional se valiera de un ejemplo a tal fin mediante el cual explicara el funcionamiento del mecanismo de modificación. Esta posibilidad de acudir a un ejemplo clarificador ya fue objeto de una recomendación efectuada en Francia por la Commission des clauses abusives (Recomendación del 6 de julio de 1990). En efecto, la Commission efectuó la recomendación luego de constatar que en los contratos de alquiler de bienes muebles cuyo plazo superaba los dos años, la variación del precio se sujetaba a índices cuyos cálculos resultaban complejos y muchas veces contenían parámetros desconocidos para los consumidores. Para contrarrestarlo la Commission recomendó a los profesionales que añadieran en la cláusula indexatoria un ejemplo en cifras que permitiese observar la evolución del precio[181].

En la jurisprudencia española se puede mencionar, entre otras, a la misma sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 28 de febrero de 1995, en la que también se hace referencia a la falta de descripción explícita del modo de variación de los intereses ya que "ni se recogía con claridad un tipo de interés preferencial aplicable a partir de la primera anualidad, ni se fijaban unas bases para la determinación del mismo…" (RDBB, n° 63, pág. 721 y ss.).

[181] *Code de la Consommation*, Dalloz, 1996, pág. 429.

VIII. MODIFICACIÓN POR ADICIÓN DE PRESTACIONES

"Disposición adicional primera Cláusulas Abusivas.- *A los efectos previstos en el artículo 10 bis, tendrán el carácter de abusivas al menos las cláusulas o estipulaciones siguientes:*

23. La imposición al consumidor de bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados.

24. Los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación."

8.1. Antecedentes.

Las cláusulas 23 y 24 tienen una particularidad: a diferencia de lo que ocurre con las demás cláusulas analizadas hasta aquí, estas dos no se encuentran previstas en el texto de la Directiva europea. A mayor abundamiento, estas dos disposiciones tampoco encuentran antecedentes en el derecho comparado europeo, al punto que ni la ley alemana de condiciones generales ni el Decreto Ley portugués que regula la materia reconocen en su articulado normas de contenido equivalente a las aquí tratadas. Su antecedente debe ser buscado en la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios que en sus artículos 10.1.c).12 y 10.1.c).5 reproducía textos similares a los que hoy se encuentran recogidos en las cláusulas 23 y 24 respectivamente, de donde los tomó el Anteproyecto de 1997[182].

8.2. Aclaraciones previas.

[182] Conf. Miquel Rodríguez, J., *op. cit., pág. 431 y 434.*

Otro nuevo caso[183] de cláusulas que facultan al profesional a efectuar una modificación unilateral del contrato lo encontramos en estas dos normas de la Disposición Adicional.

La mayor parte de los autores han abordado el análisis de estas disposiciones en forma conjunta por entender que tratan cuestiones íntimamente relacionadas[184]. Coincidimos en que los aspectos tratados por ambas disposiciones pueden ser considerados en un análisis conjunto. Sin embargo no compartimos las razones por las que lo hacen de ese modo, puesto que algunos de ellos entienden que los supuestos contenidos en las reglas 23 y 24 se encuentran regulados por la legislación de defensa de la competencia (Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal y Ley 16/1989, de 17 de julio de Defensa de la Competencia).

No nos parece superflua nuestra discrepancia ya que una consideración como esa ha llevado a los autores que la sostienen a equivocar, por lo menos parcialmente, en nuestra opinión, el ámbito de actuación de las reglas 23 y 24 de la Disposición Adicional y a dejar sin tratamiento, como consecuencia de ello, el auténtico sentido y alcance de las mismas. Si admitiéramos, sin más, que estamos en presencia de normas cuya finalidad reside en resguardar la efectiva competencia entre profesionales en el mercado, las consecuencias más inmediatas de ello serían por lo menos tres: 1) el legislador habría cometido un nuevo fallo de técnica legislativa, 2) -y más importante- al tratarse de normativa de defensa de la competencia sus incidencias para los consumidores no serían sino tangenciales e indirectas y 3) al considerarse que estas dos normas regulan supuestos de competencia desleal, los verdaderos supuestos de cláusulas abusivas que sostenemos que tratan caerían en una laguna jurídica que debería ser cubierta mediante su tratamiento por normas más generales (como la cláusula 2da., de la que ya dijéramos repetidamente que cumple ese fundamental

[183] Utilizamos el singular ("caso"), porque, como se explicita más adelante en el texto, sostenemos que se trata de dos aspectos de lo que es en sustancia un mismo supuesto de modificación contractual, es decir, aquél en el cual el profesional altera la prestación de forma inconsulta.

[184] Así lo hacen Bercovitz Álvarez, Germán [en su análisis de la Disposición Adicional Primera, cláusulas 23ª y 24ª, en *"Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación",* Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Coordinador), Aranzadi Editorial, Navarra, 1999, pág. 1205 y ss..], y Troncoso y Reigada, Mauricio [en su interpretación de estas disposiciones en *"Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación"*, Aurelio Menéndez Menéndez, Luis Díez-Picazo y Ponce de León (Directores), Jesús Alfaro Águila-Real (Coordinador), Cívitas, Madrid, 2002, pág. 1321 y ss.].

papel)[185]. Si bien esa salida no es inviable, la consideramos innecesaria al existir normas expresas que facilitan la identificación, el tratamiento y la sanción –en su caso- de esta especie de estipulaciones[186].

8.3. Contratos ligados o modificación contractual.

Los autores que consideran que las cláusulas 23 y 24 pertenecen al ámbito de la defensa de la competencia entienden que los supuestos regulados por estas dos normas no son sino ejemplos de los denominados "contratos ligados", es decir, aquellos en los que se produce una *subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos del comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.* Este es el concepto que receptan los ordenamientos de defensa de la competencia [art. 8.3 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal; art. 1.1.e) y art. 6.2.e) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia], y es el que invocan Bércovitz Álvarez y Troncoso y Reigada[187] para subsumir en el mismo los supuestos previstos por las normas 23 y 24.

Bércovitz ejemplifica profusamente para exponer su posición. Citaremos algunos de esos ejemplos con el propósito de demostrar que no se trata de los casos previstos por la Disposición Adicional y, por lo tanto, ajenos a su regulación. Señala el mencionado autor -haciendo referencia a la necesidad de morigerar la prohibición de los contratos ligados, de manera que no se limite indebidamente la configuración de la oferta por parte del empresario-, como supuestos que caerían en el ámbito de estas normas "el caso del programa de ordenador que condiciona la posterior utilización de un

[185] Ciertamente el hecho de que los supuestos de cláusulas abusivas que tratan estas normas debiera ser regulado por la cláusula segunda, en defecto de previsión expresa, no nos parece nada grave ya que, sostenemos, una adecuada interpretación de la misma impediría que unas estipulaciones tales pudieran ser consideradas como válidas ya que la propia cláusula 2da. lo obstaría puesto que, como lo manifestamos en el texto, entendemos que se trata de un caso específico de la llamada modificación unilateral del contrato que proscribe aquélla cláusula.

[186] En efecto muchas de las normas del denominado Derecho de Defensa de los Consumidores explicitan soluciones que ya se encuentran contenidas en el derecho común, pero cuyo alumbramiento, mediante interpretaciones sistemáticas, resulta siempre más complejo desde el punto de vista lógico y más discutido desde el doctrinario y jurisprudencial. Por eso muchas veces esta categoría de normas resultan esclarecedoras y simplifican la tarea tanto del doctrinario como del juez, garantizando –es su fin primero- el justo tratamiento de los consumidores.

[187] Bércovitz Álvarez recepta ese concepto en forma expresa (vid. *op. cit., pág.1216),* mientras que Troncoso y Reigada lo hace de forma implícita (vid. *op. cit, pág. 1322* y ss. y nota 20).

determinado navegador en Internet…". Continúa su serie de ejemplos diciendo que "también puede surgir el problema en la forma de comercialización: los <paquetes> los establece el profesional… Si se obliga a comprar dos televisores, siendo imposible adquirir uno solo, parece evidente que se atenta contra la norma comentada. Pero, ¿si el <paquete> incluye todo el uniforme de un equipo de fútbol, y no puedo comprar sólo la camiseta? ¿Y el hecho de que el domingo se me obligue a adquirir un suplemento o revista con mi periódico habitual?... ¿no es lícito que el hotel me imponga el régimen de media pensión, o pensión completa, incrementándose el precio por las comidas? ¿Son lícitos los cruceros o viajes <todo incluido>, si no tengo la opción de descartar determinados servicios para reducir el coste?".

Luego de esa larga serie de ejemplos -nosotros tomamos solo algunos pocos-, Bércovitz observa que el auténtico problema de esta prohibición –se refiere a la de las cláusulas 23 y 24- radica en los límites que deben enmarcar a la misma, pues "interpretada literalmente la prohibición, sería posible cuestionar prácticamente todas las posibilidades comerciales precitadas; y en realidad, casi cualquier comercialización en la que el profesional haya intervenido en la determinación del <paquete> comercializado"[188].

En efecto, si las cláusulas 23 y 24 verdaderamente se refirieran a contratos ligados, las conclusiones de Bércovitz serían acertadas. Sin embargo, como ya adelantáramos, sostenemos que ello no es así, que las normas mencionadas *no se refieren a ese particular tipo de contratos sino que están dirigidas a regular una clase específica de las llamadas modificaciones unilaterales* por parte del predisponente.

Nuestros argumentos para llegar a esa conclusión son los siguientes:

1) para que las normas trataran contratos ligados sería necesario que, como lo proponen quienes así lo entienden, las mismas se refirieran al momento de la oferta que efectúa el profesional y no al tiempo en que el contrato –ya perfecto- está siendo cumplido. No resulta difícil demostrar que ese presupuesto es la base de lo sostenido por quienes afirman que se trata de normas reguladoras de contratos ligados. Las referencias a la "oferta" que efectúa el profesional son abundantes y no dejan duda

[188] Bércovitz Álvarez, G., *op. cit., pág. 1211-12*.

alguna de ello[189]. Los ejemplos que se utilizan también demuestran claramente que se analiza la etapa anterior a la celebración del contrato, como puede observarse en los citados supra, y que nunca se hace alusión a la posible modificación del mismo. Sin embargo no resulta claro establecer los motivos por los cuales esos autores entienden que estamos ante normas que regulan la oferta y no la modificación cuando, por lo menos en el caso de la cláusula 24, se establece expresamente el carácter abusivo de "*los incrementos* de precio por servicios accesorios… que no correspondan a *prestaciones adicionales*…". La referencia a "incrementos" nos lleva a sostener, sin hesitación, que ya existe un precio que se está pagando por un servicio que podríamos denominar como *principal*, en contraposición con los servicios *accesorios* mentados por la norma. Todo ello nos da la idea inequívoca de que la cláusula está destinada a regular los avatares de un contrato que ya ha nacido a la vida jurídica. Lo mismo ocurre con la alusión a las *prestaciones adicionales*, pues una lectura conjunta y coherente del texto brinda una idea clara de la referencia de la norma a un contrato que se está ejecutando y en el que el profesional pretende introducir una nueva prestación que aumente el precio, sin que el cliente pueda rechazarla. Precisamente esas nuevas "prestaciones adicionales" impuestas son la causa del pretendido aumento de precio.

Por otra parte, y con respecto a lo previsto por el texto de la cláusula 23, si bien es cierto que no resulta tan sencillo afirmar tajantemente que se refiere también a contratos ya celebrados por la vaguedad en la misma de las referencias temporales, el hecho de que se aluda a servicios complementarios o accesorios "no solicitados" también nos hace pensar en un contrato de tracto sucesivo. A mayor abundamiento nos remitimos al respecto al siguiente argumento.

[189] Bércovitz se refiere a la oferta como el elemento afectado por esta regulación en numerosos párrafos entre los que se pueden citar los contenidos en las pág. 1246 y ss. de la obra citada, donde se refiere a la "…posibilidad de valorar la *oferta* objetivamente en el contexto del mercado" o cuando sostiene que "…prácticamente todas las *ofertas* serían contratos vinculados, y como tal prohibidas…"; igualmente manifiesta que "a efectos prácticos habrá un criterio esencial a la hora de enjuiciar la <unidad> de *lo ofrecido*: *la eficiencia económica*…", entre otras referencias que evidencian la necesaria alusión a la etapa previa a la conclusión del negocio. También Troncoso y Reigada (*op. cit., pág. 1325-26*) analiza esa etapa al sostener que "…la línea argumental sostenida por estos autores conduciría a otorgar a los adherentes un auténtico derecho a la división del contrato, a <desgajarlo>, a construirse una *oferta* <a medida>… -lo que- supondría directamente reducir la libertad de los proponentes-empresarios de configurar sus *ofertas* como consideren conveniente".

2) Tanto la cláusula 23 como la 24 se encuentran insertas en un sistema normativo que tiene por objeto regular cláusulas o estipulaciones que ya han sido incorporadas en un contrato. Es decir que, para que sus previsiones cobren virtualidad y adquieran operatividad es necesario que estemos frente a un contrato ya celebrado o, cuando menos, que exista un clausulado al que atacar[190]. En otras palabras, la mera oferta de sus productos o servicios por parte de un profesional caen dentro del ámbito de acción de las cláusulas 23 y 24 que forman parte del control de contenido diagramado por la LCGC. Ello es tan así que hasta es posible que ni siquiera exista un clausulado general. En efecto, mal podríamos decir que conductas como las ejemplificadas anteriormente puedan ser consideradas como abusivas si ni siquiera existen condiciones generales. Así, el vendedor de camisetas de fútbol puede ofertarme el equipo entero como <paquete> sin que me remita a, o incluso sin que exista, ningún tipo de condición general y entonces no habrá posibilidad de que exista una cláusula abusiva porque para que exista la especie (abusiva) debe primero existir el género (cláusula general). ¿Eso quiere decir que el profesional puede burlar la prohibición con el simple artilugio de no incluir esa práctica en un clausulado? No. Se trata de conductas diferentes, reguladas por normas también diversas. Las ofertas de los profesionales deben ajustarse a las leyes de defensa de la competencia que, como no contienen normas como las que aquí analizamos, no corren riesgos de verse "peligrosamente" limitadas como entienden algunos autores. Una oferta como esa, o como cualquiera de las antes enumeradas, no será *per se* abusiva ni contraria a la legislación de defensa de la competencia para tranquilidad de quienes quisieran ofertar el equipo entero del Real Madrid a 500 euros -sin opción de adquirir solo una de ellas- en lugar de ofertar sólo la camiseta de Beckam a 150 euros, con la consiguiente dificultad de su colocación en el mercado. Pero aquellas que verdaderamente atenten contra la leal competencia estarán comprendidas por la normativa específica que regula esas prácticas fundamentalmente en la etapa en que se efectúa la oferta. Como contrapartida, el hecho de que no se atente contra la normativa de defensa de la competencia no garantiza –como es obvio- la validez de las cláusulas

[190] Es el caso de las *pretensiones colectivas de control abstracto de las condiciones generales* reguladas por el Capítulo IV de la LCGC. Vid al respecto el comentario de Lorenzo M. Bujosa Vadell en *"Derechos de los Consumidores y Usuarios"*, Alicia de León Arce (Directora), Tirant Lo Blanch Tratados, Valencia, 2000, pág. 1149 y ss..

que se incluyan en los contratos con consumidores, y a contrarrestar esa posibilidad están abocadas las cláusulas 23 y 24 como se verá *infra* en este mismo capítulo.

Como breve conclusión de lo anterior podría decirse que la interpretación que aquí se defiende es la que mejor se condice con una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico donde cada norma cumple su función, pues se dejan intactos ambos órdenes normativos (defensa de la competencia y del consumidor) con su propio ámbito de acción y, por otra parte, esa interpretación también es la que mejor protege los intereses de los consumidores como ya se dijo y como se verá a continuación.

8.4. Los supuestos contemplados.

Una vez constatado que las cláusulas aquí analizadas se refieren a hipótesis de estipulaciones abusivas contempladas por el Derecho de Defensa del Consumidor, nos abocaremos ahora a demostrar que los supuestos contemplados por las mismas responden a la estructura general de las llamadas cláusulas de modificación unilateral, y que no constituyen sino casos específicos de esa categoría.

A esos fines podemos señalar en primer lugar que, si se repasa el texto de ambas disposiciones (la 23 y la 24), se podría decir, a primera vista, que una de las diferencias que existe entre ambas radica en el hecho de que mientras en la primera no se prevé un aumento del precio para que la cláusula sea considerada como abusiva, ello sí es requerido en la segunda[191]. En efecto, en la disposición 23 el carácter abusivo se configuraría con la sola "imposición al consumidor de bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados". Es la interpretación que parece aceptar Troncoso y Reigada, y como discrepamos con su opinión nos parece apropiado citarlo textualmente. Dice el autor que "… si la única forma de diferenciar los campos de aplicación de los números 23 y 24, es entender que el primero de estos números se

[191] Algunos autores han considerado incluso que no existe diferencia entre ambos supuestos. Así lo había señalado Díaz Alabart en su análisis del art. 10.1.c).12 de la LCU, al manifestar que "salta a la vista lo repetitivo de tal apartado, pues se encuentra incluido dentro del más amplio apartado 5°…" (se refería al art. 10.1.c).5 de la LCU, actual cláusula 24. Miquel Rodríguez (Miquel Rodríguez, J., *op. cit., pág. 432*) también entiende que podría considerarse reiterativo lo regulado por la cláusula 23 en la medida en que se trata de una conducta que podría subsumirse en la cláusula 24.

ocupa de las prestaciones ligadas en las que no hay formalmente (otra cosa es internamente) un aumento del precio (el precio se presenta inicialmente como un todo único), mientras que el número 24 se refiere a aquellos casos en los que formalmente el precio de la prestación principal se ve aumentado como consecuencia de la existencia de una prestación adicional…"[192]. Como consecuencia de esa apreciación entiende el autor que "entonces está claro que dentro del número 23 entran todos aquellos casos en los que junto con la prestación principal y por el mismo precio, el proponente incluya e imponga cláusulas que establezcan la realización de nuevas prestaciones"[193].

Como ya anticipáramos no coincidimos con esa interpretación. Por el contrario entendemos que la disposición 23 también supone implícitamente un aumento de precio y ello no representa una repetición de lo regulado por la 24. Nos explicamos.

En primer lugar cabe preguntarse nuevamente si en verdad existe un ejemplo en la vida real en el que pueda constatarse, por un lado, que un profesional quiera hacer o dar más prestaciones que aquellas a las que se encuentra obligado y ¡por el mismo precio!, y por otro, que el consumidor al que el profesional quiere ofrecer tanta generosidad se niega rotundamente a ello. Y como broche de todo esto un legislador sanciona tal cláusula como abusiva.

Como corolario de lo anterior no cabe más que concluir que la disposición 23 dice otra cosa diferente a la que cree entender Troncoso y Reigada. En efecto, el aumento de precio existe, y no sólo internamente como lo manifiesta el autor -con lo que parece referirse a un análisis económico de los costos de la empresa- sino que ese aumento repercute en forma clara y palmaria para el consumidor. Que la norma no lo diga expresamente no es óbice para llegar a esa conclusión; el sentido común nos dice algunas cosas al respecto: 1) no hay prestación gratuita[194] (en sentido económico) en

[192] Troncoso y Reigada, *op. cit., pág. 126 y ss.*

[193] *Idem.*

[194] Sobre este tema señala Bércovitz Álvarez (op. cit., pág. 1215) que "…ha de presumirse en principio, que los <regalos> de estos últimos –se refiere a los empresarios y profesionales- no son tales, sino que tienen causa onerosa. Y ha de presumirse porque la finalidad de su intervención en el mercado es el lucro (en algunos casos –sociedades- de forma esencial).". A ello agrega que "se podría objetar que en muchos casos el cliente… es perfectamente libre de rechazar la prestación gratuita añadida al producto o servicio que adquiere voluntariamente. No habría por tanto <imposición>. Pero desde una perspectiva económica ese razonamiento no es válido. Si me regalaban un lavado de coche al cambiar el aceite, si me regalaban tres noches de hotel con el viaje… no habré de tener duda alguna: está incluido en el precio…". Creemos sin embargo que este último razonamiento del autor es válido para el caso de que estuviéramos frente a ofertas, pero como ya se ha sostenido en el texto no es esa la hipótesis regulada. En el caso de un contrato

una economía de mercado, que es donde se mueven los empresarios que recurren a clausulados con condiciones generales; 2) entendida de otra forma la disposición 23 no tendría aplicación alguna[195], y como se sabe no se puede presumir el error del legislador; 3) de no existir un gravamen para el consumidor –que es lo que ocurriría de aceptar lo propuesto por Troncoso y Reigada- la sanción como abusivas de estas cláusulas carecería de causa y no creemos que sólo se haya tenido en vista la mera "imposición" de bienes o servicios gratuitos.

¿Cómo deben entenderse entonces las cláusulas 23 y 24?

Además de lo ya expuesto, entendemos que existe una diferencia entre ambas cláusulas que nos parece atendible y contribuye a una regulación más completa de este tipo de prácticas por parte de los profesionales. Así, la cláusula 23 se refiere la imposición tanto de *servicios* como de *bienes* accesorios, mientras que la cláusula 24 sólo se ocupa de los primeros. De otra forma, si se careciera de la cláusula 23 nos encontraríamos con algunos inconvenientes para considerar también incluida como abusiva a la cláusula que permitiese la imposición de bienes al consumidor –con el consiguiente aumento de precio como ya se estableció-[196]. Esa sola diferencia sigue justificando la inclusión de esta cláusula.

Por otra parte, estima Miquel Rodríguez que si bien el supuesto de hecho tratado por la cláusula 23 se trataría de una conducta abusiva, "no se trataría… de un problema

---

con condiciones generales los ejemplos serían respectivamente los siguientes: para el caso del cambio de aceite el lavado sería, además de impuesto, oneroso y, para el segundo caso, las tres noches de hotel adicionales también serían impuestas y onerosas. En los dos casos el cliente ha contratado sin tener en vista ni el lavado ni las noches adicionales. Sólo podría haberlo tenido en cuenta el consumidor si hubiera contratado sabiendo que la oferta incluía el lavado o las noches adicionales y, en ese caso, no hay motivo para considerar inválido el contrato pues no estaríamos ya ante condiciones generales sino frente a cláusulas esenciales de ambos contratos puesto que, tanto el lavado como las noches adicionales formarían parte de las prestaciones debidas por el profesional.

[195] Así lo hace notar Troncoso y Reigada (op. cit. pág. 1328, nota 20) cuando pone de manifiesto que la "..imposición de prestaciones adicionales que no dan lugar a un incremento de precio, es considerada abusiva si se produce por medio de cláusulas predispuestas e impuestas, mientras que *si no se utiliza este instrumento es una práctica que… en la mayoría de los casos es perfectamente lícita*" (la cursiva nos pertenece). Ya se ha destacado en el texto que la posibilidad de burlar la prohibición legal a través de este subterfugio no puede sostenerse una vez que se ha efectuado la distinción entre oferta y cláusulas puesto que si se utiliza la oferta su validez –o invalidez en su caso- será supervisada por las normas de defensa de la competencia y, si se incluye en cláusulas, éstas serán abusivas.

[196] Anota Miquel Rodríguez (Miquel Rodríguez, J., op. cit., pág. 431-32), pese a sostener que resulta reiterativo de lo dispuesto por la 24, que el texto de la cláusula 23 viene a mejorar la redacción de su antecedente inmediato, el art. 10.1.c).12 de a LCU, pues este solo hacía referencia a la obligada adquisición de "bienes o mercancías", dejando de lado los servicios.

de condiciones generales, sino de la pretensión del profesional de imponer su voluntad a lo largo de la ejecución del contrato"[197]. Lo que ocurre es que el profesional, para hacer valer su voluntad, invoca precisamente el clausulado en el que consta su "derecho" a imponer esas prestaciones, con lo que afirmamos que sí se trata de un problema de condiciones generales, sin dejar de considerar que, aunque no estuviera expresamente regulado el supuesto por la cláusula 23, caería igualmente bajo el campo de acción del art. 1256 del CC. Este último impediría que el profesional condicionara arbitrariamente el cumplimiento del contrato.

8.4. a) Incremento de precio por bienes o servicios accesorios.

Efectuaremos aquí un análisis conjunto de los supuestos contemplados por la cláusula 24, que trata de los incrementos de precio por *servicios accesorios,* y por la cláusula 23, que agrega, a nuestro criterio, el aumento de precio por la imposición de *bienes* accesorios. Lo hacemos de esta forma porque sostenemos que, debido a la identidad de los supuestos en lo restante, hay que considerar que tanto en un caso como en el otro deben darse los requisitos que surgen de la cláusula 24 para que una disposición de este tipo pueda ser considerada como válida. De ahí que la imposición al consumidor de bienes o servicios complementarios o accesorios no solicitados, devendría válida cuando éstos sean 1) *susceptibles de ser aceptados o rechazados* y 2) *sean expresados con claridad y separación*, como lo establece la cláusula 24, ya que de cumplirse con esos extremos dejaría de tratarse de una imposición. Estos requisitos de validez serán tratados *infra* en este mismo capítulo y luego de una breve descripción de cada uno de los supuestos de hecho regulados por estas cláusulas.

Miquel Rodríguez sostiene que debe entenderse que los servicios accesorios a que se refiere la norma "han sido aceptados, pero su precio se incrementa sin posibilidad de que el consumidor lo acepte o lo rechace de manera específica"[198]. Por nuestra parte creemos que la norma considera otra conducta hipotética, cual es aquélla en la que el profesional intenta imponer al consumidor, durante la ejecución del contrato, *nuevos*

[197] Miquel Rodríguez, op. cit., pág. 432.
[198] *Op. cit., pág. 435.*

servicios –o bienes- accesorios. El precio de esos nuevos servicios incrementa el precio total de la prestación. A nuestro criterio la hipótesis propuesta por Miquel Rodríguez se encuentra prevista en la cláusula 7ma. de la Disp. Adic., ya que se trataría de un aumento de precio sobre prestaciones ya contratadas -y aceptadas-, más allá de la naturaleza principal o accesoria de las mismas, respecto de lo cual la norma 7ma. no diferencia.

Podría ejemplificarse la conducta aquí analizada con la práctica comercial de las empresas de televisión por cable que se reservan la facultad de aumentar el número de canales disponibles con el correlativo aumento del precio.

8.4. b) Incrementos de precio por financiación o aplazamiento.

En este caso creemos que la norma se refiere a aquellos supuestos en los que, estando previstos la financiación o el aplazamiento, el costo que el cliente debe soportar por los mismos y que también se halla establecido de antemano, es aumentado por el profesional. De ahí que se trate de una modificación unilateral de un contrato que está en su etapa de ejecución.

Por su parte Miquel Rodríguez interpreta que los casos regulados "tienen en común que en principio se produce una situación ventajosa económicamente para el consumidor, la financiación o el aplazamiento, que viene acompañada de un recargo en el precio…."[199].

Existe una diferencia entre nuestra opinión y la expuesta por el autor citado. Mientras nosotros sostenemos que ya existe la financiación o el aplazamiento con un coste también estipulado y que la alteración consiste únicamente en el aumento de ese coste, Miquel Rodríguez parece estimar que la propia financiación o el aplazamiento constituyen la modificación. Sin embargo la posición del mencionado autor no es muy clara pues luego afirma que "en el caso de la financiación, debe entenderse en conexión a una cláusula contractual que facilite al consumidor algún tipo de financiación (sin ser éste objeto principal del contrato), al tiempo que se le impone un recargo sin posibilidad de aceptarlo o rechazarlo de manera específica"[200]. Si lo que se pretende decir con esto

[199] *Ibidem.*
[200] *Ibidem.*

es que el profesional concede al consumidor una financiación que ya se encuentra prevista en una cláusula y por ello cobra un determinado precio, entendemos que una cláusula como esa no resulta en absoluto abusiva, en la medida en que el precio tendría como causa una nueva prestación, cual es la financiación. Nos parecería correcto si, en cambio, lo que se pretende expresar es que si ya existiendo precio para la eventual financiación este es aumentado por el profesional.

8.4. c) Incrementos de precios por recargos, indemnización o penalizaciones.

Díaz Alabart parece identificar estas expresiones con las de *cláusulas penales* (recargos), *arras* (indemnización) y *contratos de reserva* (penalizaciones) respectivamente. Por nuestra parte trataremos conjuntamente a las primeras y a los últimos ya que entendemos que el supuesto de hecho contemplado en ambos es esencialmente el mismo y porque no creemos que el término *penalizaciones* se refiera a los denominados contratos de reserva[201].

Respecto de las cláusulas penales señala que el sistema diseñado por el Código Civil es el de carácter sustitutivo, que reemplaza la indemnización por daños y perjuicios, con la ventaja de que el acreedor no tendrá que demostrar que efectivamente se han producido, bastando el mero incumplimiento. E incluso si el deudor probara que no se ha producido daño alguno, la obligación penal será igualmente exigible. Agrega que, sin embargo, en ocasiones "la obligación penal puede ser desmesurada; lo que no haría absurda la intervención del Juez adecuándola a unos parámetros de justicia. Para esos supuestos lo acertado sería aplicar el artículo 1.103 del CC, que… permite al Juez moderar la responsabilidad <según los casos>"[202].

Nos preguntamos entonces, si el supuesto de hecho de la cláusula 24 coincide sustancialmente con la solución prevista por el art. 1.103 del Código Civil, ¿para qué

[201] Díaz Alabart (en su Comentario al artículo 10.1.*c)* LCU, en *AAVV* (Dirs. Bércovitz y Salas), *"Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios",* Madrid, 1992, pág. 282 y ss.) entiende por contrato de reserva aquellos en los cuales se le exige al posible comprador la entrega de una cantidad de dinero que perderá si no se celebra el contrato en el plazo de reserva. La autora sostiene que este tipo de pacto es abusivo en sí mismo. No hay en estos casos, sin embargo, aumentos en el monto entregado con lo que no observamos cómo podrían encajar en la previsión de la cláusula 24.

[202] Díaz Alabart, S., <Comentario al artículo 10.1.c) LCU>, en *AAVV* (Dirs. Bércovitz y Salas), *"Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios",* Madrid, 1992, pág. 282 y ss..

sirve la cláusula 24 si en nada difiere de aquél? Nuevamente, y siguiendo el mismo criterio antes expuesto, pensamos que el supuesto de hecho previsto por la norma 24 consiste en que existiendo ya un pacto de recargo –o cláusula penal- con un monto también fijado para el mismo, *una cláusula faculta al profesional a aumentar ese monto* sin que se agregue ninguna nueva prestación susceptible de ser aceptada. Esa es la conducta abusiva.

En otras palabras, no se crea una nueva cláusula penal que no existía, ni esa cláusula penal es desproporcionada desde la celebración del contrato. La creación de una nueva cláusula penal implicaría una modificación sancionada como abusiva por la cláusula 2da., en el caso de que hubiera estado prevista en el clausulado, o sería nula por falta de consentimiento del consumidor, en el caso de que, no estando debidamente prevista en el contrato, el profesional pretenda imponerla de facto. Por otro lado, si el monto de la cláusula fuera desproporcionado desde la celebración misma del contrato, entonces ese supuesto caería bajo las previsiones de la cláusula 3ra. que declara abusiva la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor que no cumpla sus obligaciones.

Entendemos por otra parte que las expresiones “recargos” o “penalizaciones” no deben ser entendidas en sentido estricto. No sólo porque técnicamente en materia de derecho civil no lo tienen, sino porque ello implicaría restringir injustificadamente su campo de acción. Como corolario de lo anterior entendemos que el aumento de precios en los recargos por mora del consumidor también se encuentran incluidos en el texto de la cláusula 24.

Un ejemplo de este tipo de estipulación podemos encontrarlo en las prácticas comerciales de algunas empresas de telefonía móvil en Argentina que, en virtud del descenso de sus ingresos después de la devaluación decidida por las autoridades en enero de 2002, y ante la imposibilidad de aumentar sus tarifas, dispusieron, entre otras cosas, aumentos unilaterales en los recargos por mora en el pago del servicio por parte de los clientes[203].

[203] En esos casos también fueron creadas verdaderas cláusulas penales que no existían al momento de celebración del contrato. La única alternativa que daban al cliente era la resolución del contrato.

Para el caso de las arras –en este caso llamadas indemnizaciones-, pueden repetirse esencialmente los mismos razonamientos. Representando las arras una señal que el comprador perderá o el vendedor devolverá duplicada en caso de rescindir el contrato (art. 1454 CC), estaremos frente a una cláusula abusiva *si ésta autorizara un aumento del monto establecido para esa señal*.

8.5. Los requisitos de validez de estas estipulaciones.

La cláusula 24, *a contrario sensu,* establece que las cláusulas que dispongan incrementos de precio por los motivos antes enumerados serán válidas si: 1) corresponden a prestaciones adicionales, 2) son susceptibles de ser aceptadas o rechazadas y que 3) estén expresados con la debida claridad o separación.

A continuación analizaremos cada uno de estos extremos.

8.5.1) Prestaciones adicionales.

La referencia legal a prestaciones adicionales implica la imposibilidad de que los incrementos de precio tengan por objeto a las prestaciones principales del contrato, sobre las que no cabe semejante alteración. Esta implicancia guarda coherencia con lo regulado por la propia Disposición Adicional en las cláusulas que consideran abusivas las estipulaciones que facultan aumentos unilaterales en el precio de la prestación principal (cl. 7ma.) y, de modo más general, la modificación unilateral del contrato (cl. 2da.).

El hecho de que sólo se puede aumentar el precio válidamente si se ofrecen prestaciones adicionales evidencia que la norma tiene por fin proteger la denominada libertad de conclusión, es decir, aquélla que el consumidor ostenta para contratar o no contratar, que de otra forma se vería vulnerada al no tener alternativa ante la imposición del profesional de nuevas prestaciones principales que no ha solicitado y que deberían ser objeto de una nueva manifestación de voluntad. Así lo entiende Alfaro cuando comenta elípticamente el art. 10.1.c) 5° de la LCU y sostiene que “se trata de uno de los supuestos… –de- cláusulas sorprendentes por atentar contra la autonomía del

contrato… en cuanto que subrepticiamente se obliga al cliente a celebrar un contrato sobre prestaciones no solicitadas"[204].

Más aún, ni siquiera la circunstancia de que se trate de prestaciones adicionales basta por sí misma para dotar de validez a la cláusula, como se verá a continuación.

8.5.2) Susceptibles de ser aceptadas o rechazadas.

Al quedar descartada la posibilidad de que el profesional pueda, a través del clausulado, suplir la necesaria voluntad del consumidor para celebrar un contrato -o en su caso, modificarlo- la ley exige para dotar de validez a estas cláusulas que las nuevas prestaciones adicionales sean susceptibles de ser rechazadas por el cliente. Ahora bien, si las prestaciones adicionales pueden ser rechazadas por el consumidor estamos entonces técnicamente ante una nueva *oferta* –por lo menos en sentido lato-*,* si entendemos a esta como el acto jurídico unilateral destinado a integrarse en un contrato, constituido por una expresión de voluntad que se postula como penúltima[205]. No puede sorprendernos entonces que se requiera de una nueva declaración de voluntad del consumidor en forma de *aceptación* para que se considere perfeccionada la modificación que pretende introducir el predisponente. Analizado con distancia estaríamos ante lo que podríamos identificar como un contrato dentro de un contrato[206].

El hecho de que se trate de un contrato "dentro" de otro contrato le agrega algunas particularidades a la situación que deben ser tenidas en cuenta. En primer lugar creemos necesario destacar que el "nuevo contrato" guarda dependencia respecto del

[204] *"Las condiciones generales…",* pág. 246. Igual criterio acepta Miquel Rodríguez (*op. cit., pág. 435*) y señala que el carácter inesperado de la cláusula es lo que la convierte en abusiva.

[205] La definición de oferta utilizada en el texto corresponde a López de Zavalía (*op. cit., pág. 111*), quien aclara sobre ella: "Decimos se "postula", porque de hecho puede no llegar a ocupar ese orden cronológico, si v. g. fracasa ante una contraoferta y exigimos su pretensión (y aptitud) a ser penúltima, porque si una proposición se postulara como antepenúltima (es decir, fuera emitida con tal sentido) no habría una oferta sino una invitación a ofertar."

[206] Para sostenerlo ni siquiera es necesario recurrir a la denominada tesis amplia respecto del concepto de contrato. Al respecto López de Zavalía (*op. cit., pág. 111 y ss.)* señala que "la tesis amplia afirma que son contratos todos los actos jurídicos bilaterales patrimoniales; la tesis restrictiva circunscribe el uso del término a los negocios bilaterales creadores de obligaciones, denominando a los demás "convenciones". Como puede verse, incluso en el ámbito de la tesis restrictiva el fenómeno que se produce ante una situación como la prevista por la cláusula 24 puede ser considerada un contrato en sí mismo.

primero en algunos aspectos y en otros tiene plena autonomía lo que se traducirá en consecuencias jurídicas que pueden resultar importantes en algunos casos.

El "nuevo contrato" es *independiente* en su nacimiento y es la última vez que lo será. En efecto, durante su vida dependerá del contenido ya acordado en el contrato en el que se integra. Con esto queremos decir que hasta el perfeccionamiento del nuevo acuerdo por el que el cliente acepta las prestaciones adicionales, tanto la "oferta" del predisponente como la aceptación del adherente y todas sus posibles vicisitudes son regidas por las normas que regulan los contratos en general y los que contienen condiciones generales en particular.

8.5.3) Expresados con la debida claridad o separación.

La exigencia de que las prestaciones adicionales ofrecidas por el profesional sean expresadas con claridad o separación representa una consecuencia directa de su consideración como oferta en los términos antes expuestos. En efecto, si como ya se ha visto sostenemos que las prestaciones adicionales sólo pueden ingresar al contrato por vía de una aceptación expresa y libre del consumidor, a esa aceptación debe antecederle una oferta que cumpla con todos los requisitos de esos actos jurídicos; en el Derecho de Defensa de los Consumidores las ofertas deben necesariamente, por imperio de ley, ser expresadas con "claridad, concreción y sencillez"[207] conforme lo prevé el artículo 5.4 de la LCGC.

Pero la cláusula 24 también exige que la oferta sea expresada con la debida *separación*. La redacción de esta última parte de la norma introduce, una vez más, una cuota de oscuridad cuando utiliza la partícula disyuntiva "o", cuando hubiera sido más conveniente y coherente con el resto del texto que se hubiera usado la partícula conjuntiva "y". Una interpretación literal nos llevaría a sostener como válida una cláusula que se limitara a cumplir con uno de los dos requisitos: "claridad" en su

[207] Para un estudio de estos requisitos de incorporación puede verse el análisis de González Pacanowska del artículo 5 de la LCGC en *"Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación"*, coordinado por Bércovitz Rodríguez-Cano R., Aranzadi Editorial, Navarra, 1999, pág. 139 y ss.; Durany Pich, análisis de la misma norma en *"Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación"*, dirigido por Menéndez-Menéndez y Díez-Picazo, Civitas, Madrid, 2002, pág. 264 y ss.; Fuente Noriega "La protección coetánea a la realización del contrato", en *"Derechos de los Consumidores y Usuarios"*, Dirección: Alicia De León Arce, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 199 y ss..

redacción o “separación” en su estructura respecto de la prestación adicional. Ya hemos visto que el requisito de la *claridad* no es novedoso y aún cuando no se lo hubiera previsto aquí de modo particular, hubiera sido exigible en virtud de lo previsto por la cláusula general del art. 5.4 antes citado. En cambio el requisito de *separación* sí responde a las particularidades de este tipo de cláusula y tiende garantizar que el consumidor tenga conocimiento efectivo de lo que va a contratar. En efecto, y más precisamente, sostenemos que la separación de las prestaciones adicionales tiene por objeto que el consumidor conozca con precisión de qué forma y en qué medida influirá el costo de estos nuevos bienes o servicios en el precio final (es decir, sumado el precio de las prestaciones principales y las adicionales).

8.6. Utilidad de estas cláusulas.

Pese a las críticas que la inclusión de las cláusulas 23 y 24 le han valido al legislador español, por nuestra parte reiteramos que el tratamiento expreso de situaciones como las que estas regulan es siempre clarificador, incluso cuando la redacción no acompañe en ese sentido. Se trata de prácticas profesionales que son más frecuentes de lo que se piensa, sobre todo en algunos ámbitos de consumo verdaderamente masivos (como la telefonía, tanto la móvil como la fija) y por ello celebramos su particular tratamiento. Que la Directiva o las legislaciones de los demás países europeos no contengan normas equivalentes no descalifica la legislación española. En efecto, no es difícil encontrar en esas legislaciones europeas ejemplos de normas que no han sido incluidas en la Directiva y que tampoco figuran en los textos de las demás legislaciones. Quizás la causa de este fenómeno deba buscarse en las particularidades que cada país conserva en lo referente a los hábitos comerciales y de consumo. En ese mismo orden de ideas debe remarcarse que la Directiva representa un límite de mínimos para los estados parte y su superación debe ser vista con beneplácito.

Sin embargo, no deja de ser cierto también que el diseño de las cláusulas 23 y 24 tales como están, deja poco margen al profesional en la configuración de este tipo de estipulaciones y, por consiguiente, en la práctica comercial de incluir prestaciones

adicionales a través del condicionado general. Reiteramos que estamos de acuerdo tanto con la regulación de esas prácticas como con la extensión con que han sido tratadas. Ello limita –y está bien que así sea- la utilidad de este tipo de cláusulas a la ligazón jurídica de las nuevas prestaciones adicionales al contrato principal. Es decir que, como ya fuera expresado, la vida jurídica de las nuevas prestaciones y sus vicisitudes será regida por las cláusulas generales y particulares del primitivo contrato en todo lo que le fueran aplicables sin necesidad de que el profesional se vea obligado a elaborar y hacer firmar por el consumidor un nuevo clausulado. Sólo necesitará el consentimiento del consumidor respecto de las nuevas prestaciones.

IX. MODIFICACIÓN UNILATERAL EN CONTRATOS FINANCIEROS Y VALORES NEGOCIABLES

"A los efectos previstos en el artículo 10 bis, tendrán el carácter de abusivas, al menos las cláusulas o estipulaciones siguientes:

[…]

Las cláusulas abusivas referidas a la modificación unilateral de los contratos y resolución anticipada de los de duración indefinida, y al incremento de precio de bienes y servicios, no se aplicarán a los contratos relativos a valores, con independencia de su forma de representación, instrumentos financieros y otros productos y servicios cuyo precio esté vinculado a una cotización, índice bursátil, o un tipo del mercado financiero que el profesional no controle, ni a los contratos de compraventa de divisas, cheques de viaje, o giros postales internacionales en divisas."[208]

9.1. Breves referencias.

El párrafo penúltimo de la Disposición Adicional es consecuencia de la transposición al Derecho interno español de lo dispuesto por la Directiva 93/13/CEE del Consejo, especialmente en las letras *b)* y *c)* del apartado 2 del Anexo[209].

Como ya se ha dicho respecto de la excepción introducida por el segundo párrafo de la cláusula 2da. de la Disposición Adicional, no ingresaremos en el estudio de los contratos que tienen por objeto la prestación de servicios financieros debido a su especialidad y a que cuenta con una regulación propia. Sin embargo creemos necesario señalar aquí con alguna claridad el límite de esa especialidad y, por consiguiente, hasta qué punto su regulación escapa a lo previsto para los demás contratos con

[208] A diferencia de esta excepción expresa prevista ya por la Directiva 93/13/CEE, el Código Brasileño del Consumidor (Art. 3°, parágrafo 2°) define a los servicios en general como "cualquier actividad ofrecida en el mercado de consumo, mediante remuneración, inclusive las de naturaleza bancaria, financiera, de crédito…" y luego no efectúa ninguna excepción respecto de este tipo de servicios cuando considera como abusivas a los diversos casos de cláusulas de modificación unilateral (Art. 51, incisos X y XIII).

[209] Para un análisis de esas disposiciones de la Directiva comunitaria véase García Amigo, M.: "Las cláusulas abusivas en el Derecho comunitario: su aplicación a los servicios financieros", en *Estudios Homenaje al Profesor Lacruz, págs. 909-917.*

consumidores, sobre todo respecto de las normas sobre modificación unilateral. La cuestión a responder sería si ningún tipo de modificación unilateral introducida por el profesional en contratos de servicios financieros cae bajo la regulación de las disposiciones de la LCGC o si, por el contrario, la excepción tiene límites.

Esta preocupación, de enorme importancia por la cantidad de este tipo de negocios en el mercado actual, ya fue puesta de manifiesto por Raúl Bércovitz Álvarez al manifestar que es comprensible que estos contratos no estén sujetos al control de cláusulas abusivas respecto de las modificaciones del precio en la medida en que éste se encuentra "atado" a índices y ello evitaría la posibilidad de abuso por parte del profesional. Anota, sin embargo, que el texto del penúltimo párrafo aquí analizado parece establecer que en estos contratos "no sólo las cláusulas de de modificación del precio quedan excluidas, sino cualquier otra modificación unilateral del mismo. Por ello, existe aquí el peligro de que la exclusión alcance a la modificación de condiciones que nada tengan que ver con la modificación del precio del contrato"[210].

Compartimos la preocupación del autor citado aunque creemos que la propia norma nos brinda elementos suficientes para resolver la cuestión.

9.2. Nuestra opinión.

En principio el texto del párrafo penúltimo parece referirse tanto a la modificación unilateral en general como al aumento de precios de los contratos que después identifica. Sin embargo, luego de enumerar las cláusulas abusivas que no son aplicables a esos negocios, delimita su aplicación a aquellos "cuyo precio esté vinculado a una cotización, índice bursátil, o un tipo del mercado financiero que el profesional no controle…". No caben dudas que el fundamento de la excepción radica en que el profesional no controla la variación de esas cotizaciones o índices con lo que quedaría excluida la posibilidad de una modificación arbitraria respecto del precio[211]. Hasta ahí la

[210] Raúl Bércovitz Álvarez, Comentario al Párrafo Penúltimo de la Disposición Adicional Primera, en *"Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación",* Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Coordinador), Aranzadi editorial, Navarra, 1999, pág.1315.

[211] Cfr. Bercovitz Álvarez, Raúl, op. cit., pág. 1315, quien agrega respecto del precio en estos contratos que "por lo demás, la detallada regulación administrativa de los mercados financieros impide que en este

excepción puede justificarse, pero ir más allá exceptuando cualquier tipo de modificación unilateral carece de toda justificación. Nada autoriza a pensar que el legislador ha querido dejar al arbitrio de los profesionales del sector financiero la modificación de los contratos que éstos celebren con consumidores más allá de los límites expresamente fijados para esos casos. Tanto es así que incluso respecto de la modificación de precios sujetos a índices el legislador ha entendido necesario exigir que éstos sean *legales* como ya se ha visto (cl. 7ma.), de manera que en ningún caso el contenido del contrato ha sido dejado al capricho del profesional. Si el párrafo penúltimo se entendiera como su texto parece indicar en una primera aproximación se estaría dando vía libre a cualquier tipo de arbitrariedad con lo que la firma de cualquier texto por parte del adherente carecería prácticamente de validez en la medida en que el mismo podría ser modificado en cualquier momento al antojo del profesional. Resulta más que evidente, a nuestro criterio, que no puede ser esa la interpretación que debe asignársele a esta norma. Lo contrario implicaría no sólo contravenir lo dispuesto por normas imperativas en este sentido (como el art. 1256 CC) sino que toda la estructura jurídica de los contratos caería por su base. Y no estamos refiriéndonos únicamente a los contratos celebrados con consumidores, donde se entiende que el nivel de protección debe ser mayor, sino en la propia teoría clásica pues la autonomía de la voluntad y las diferentes teorías que han intentado explicar el fundamento de la obligatoriedad de los contratos carecerían de valor respecto de los aquí tratados.

Reiteramos que la referencia a situaciones "que el profesional no controle" que efectúa la propia norma nos parece suficiente para sostener el ámbito de la excepción solo respecto de la variación del precio en ese tipo de contratos.

No obstante lo dicho, y a mayor abundamiento, en caso de que se entendiera que ese argumento no resulta suficiente para enervar la extensión de la excepción contenida en el penúltimo párrafo sostenemos que una interpretación más amplia que excluyera del control cualesquiera modificaciones unilaterales en esos contratos resultaría, en nuestra opinión, inconstitucional. En primer lugar colisionaría con la expresa disposición

campo el profesional pueda actuar a su antojo. La Ley del Mercado de Valores y las normas especiales referidas a cada mercado específico contienen disposiciones que protegen la transparencia y rigurosidad de la contratación, así como normas que establecen la obligación de las entidades emisoras de ofrecer una información mínima a los inversores sobre los valores que cotizan…".

del artículo 54 Constitución Española que al respecto establece: “Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”.

Y en segundo lugar sería incongruente con las garantía de igualdad y de tutela judicial efectiva también reconocidas por el plexo constitucional español.

X.- EFECTOS DE LA MODIFICACIÓN UNILATERAL

10.1. Modificación unilateral inválida

De lo hasta aquí visto se desprende que dos son las calificaciones que una cláusula modificativa puede recibir según que se hubieran o no transgredido las disposiciones legales que delimitan a este tipo de estipulaciones: 1) abusiva y 2) válida. Correlativamente, como se sabe, los efectos previstos para uno y otro caso son diferentes. Para el caso que una cláusula (incluso las modificativas) sea considerada abusiva el efecto inmediato que se desprende de ello es su consideración como nula y un efecto mediato viene a consistir en la integración del contrato (que determina la regulación sustitutiva de la parte ineficaz). Por otra parte, y para el caso de que la cláusula modificativa sea considerada válida el efecto de ello viene dado por la modificación del contenido del contrato con las alteraciones que hubiera producido la propia cláusula.

A continuación veremos por separado las dos calificaciones que puede recibir una cláusula modificativa (nulidad o validez) y sus efectos. Resulta necesario advertir, antes de desarrollar estos puntos, que dada la amplitud de los temas a tratar –sobre todo en materia de nulidad-, las múltiples particularidades que los mismos presentan y su carácter accesorio respecto del tema principal objeto de este trabajo, no intentamos aquí agotar su contenido; antes bien, lo que pretendemos es dar un cierre lógico al estudio de las modificaciones unilaterales con un somero repaso de sus efectos. Este cometido sin embargo, y aún cuando no se lo encare de un modo profundo y agotador, resulta necesario para comprender la importancia y la dinámica de las cláusulas que facultan modificaciones unilaterales en el Derecho moderno.

10.1. a) Una breve aclaración: el concepto de cláusula[212].

Antes de entrar a desentrañar el régimen aplicable a las cláusulas susceptibles de ser declaradas nulas estimamos conveniente efectuar una breve aclaración terminológica sobre lo que debe entenderse por "cláusula" a esos efectos.

Siguiendo la exposición de Alfaro podemos decir que la expresión "cláusula" puede ser entendida, en principio, en dos sentidos. "En sentido formal –dice el autor-, cláusula es cada una de las partes, numeradas o no, en que está dividido el contenido de un documento contractual. En sentido material –continúa-, es cada una de las disposiciones, cada una de las <reglas de conducta>, cada uno de los <preceptos negociales autónomos>, cada uno de los *contenidos de regulación* de un contrato"[213].

A esas definiciones agrega Alfaro dos ideas básicas que pueden contribuir a delimitar el concepto de "cláusula": la primera consiste en que, en principio, "estamos ante una cláusula cuando se anude una consecuencia jurídica a un supuesto de hecho. La segunda es que, para determinar cuando hay una o varias cláusulas, no es del todo irrelevante la formulación empleada por el predisponente; de modo que este puede influir, según la fórmula empleada, en el ámbito de la nulidad". En base a lo expuesto concluye el autor que "cláusula es aquélla parte de unas condiciones generales respecto de la cual podemos preguntarnos si es abusiva o no"[214].

10.1. b) Nulidad parcial[215].

Con respecto a los efectos que se derivan del incumplimiento de las normas reguladoras de modificaciones unilaterales antes estudiadas, el artículo 8 de la LCGC dispone con carácter general que:

---

[212] Para un estudio más profundo del tema véase Alfaro Águila-Real, Jesús, *"Las condiciones generales de la contratación",* pág. 345 y ss..

[213] Alfaro Águila-Real, J., *"Las condiciones…", pág. 346.*

[214] *Idem, pág. 347.*

[215] Para un estudio en general de la nulidad parcial y de los mecanismos de integración en los contratos con condiciones generales véase Alfaro Águila Real, Jesús, *"Las condiciones generales…"*, pág. 333 y ss.; Miguel Ruiz Muñoz, *"La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores",* Editorial Lex Nova, Valladolid, 1993.

"*1.* ***Serán nulas*** *de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.*

2. En particular, ***serán nulas las condiciones generales que sean abusivas****, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiendo por tales en todo caso* ***las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984****, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.*"

Una vez más la técnica utilizada por el legislador en la elaboración de la norma transcripta ha producido no pocas críticas en la doctrina[216]. Sin embargo, en lo que respecta a nuestro tema el sentido de la misma resulta suficientemente claro, al punto que aparece ante nosotros como un simple silogismo lógico. En efecto, la segunda parte del precepto sanciona con la nulidad a las condiciones generales abusivas y "en todo caso" predica ese carácter para las enumeradas en los incisos del Art. 10 bis y Disposición Adicional Primera. Ergo, como las condiciones generales hasta aquí estudiadas están contenidas en las normas a que se refiere el art. 8 transcripto, cuando sean utilizadas por un profesional, en las condiciones en que allí se prevé, serán consideradas nulas.

Es cierto sin embargo que lo dicho en el párrafo anterior no representa ninguna novedad en materia de nulidades, al punto que la LCGC no hace más que reproducir –y con algunos confusos agregados- lo dispuesto por el art. 6.3 del CC, que establece con carácter general la sanción de nulidad para la contravención de normas imperativas y prohibitivas.

De ahí que lo verdaderamente importante en materia de ineficacia de condiciones generales abusivas sea la aplicación a las mismas (en realidad al contrato que las contiene[217]) del instituto de la nulidad parcial.

---

[216] Ver por todos José María Miquel, Comentario al artículo 8 de la LCGC, en *"Comentarios a la Ley de Condiciones…",* Cívitas, Madrid, 2002, pág. 429 y ss..

[217] Es común leer asociadas la palabras "cláusula abusiva" y "nulidad parcial" sin que se efectúen las debidas aclaraciones terminológicas y conceptuales. Como se afirma en el texto la nulidad parcial puede predicarse del contrato más no de una cláusula. Es el contrato el que resulta inválido en parte, y esa parte es precisamente la cláusula abusiva. Esta última queda *totalmente* fulminada de nulidad y no sólo una parte de ella. Después de exponer el concepto de "cláusula" destaca en esta línea Alfaro ("Las

Al respecto adoptamos como propia la opinión de quienes sostienen la existencia de un principio favorable a la conservación de la validez del contrato (nulidad parcial) en los casos en que contengan cláusulas abusivas, y ello pese a que el Derecho español no dispone de una norma general en materia de nulidad parcial[218].

En relación a las condiciones generales en contratos con consumidores la existencia de la nulidad parcial en el Derecho español se deriva del primer párrafo del Artículo 10 de la LCGC que establece:

"*1. La no incorporación al contrato de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia…*"

condiciones…", pág. 349) que "resulta obvio que carece de sentido hablar de <nulidad parcial de una cláusula>, puesto que con ello, o bien se hace referencia a una cláusula en sentido formal, que contiene varias en sentido material, o bien se incurre en una incoherencia al definir el concepto de cláusula en un sentido sin extraer todas las consecuencias lógicas y prácticas del mismo en lo que hace al ámbito de la nulidad. Por lo tanto, más que hablar de la nulidad parcial de una cláusula en sentido formal, procede hablar de nulidad (total) de una cláusula en sentido material." No parece pensar lo mismo Miguel Pasquau Liaño (Comentario a los arts. 9 y 10 de la LCGC, en *"Comentario a la Ley de Condiciones…",* Aranzadi Editorial, Navarra, 2000, pág. 302 y ss.) pues, luego de reconocer que no es una postura pacífica en la doctrina, afirma como posible la declaración de " …la nulidad autónoma de una parte de la cláusula…".

[218] Puede verse en ese sentido, por ejemplo, M. Ruiz Muñoz, *"La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores"*, Madrid, 1992, pág. 101 y ss. y su nota número 1 en la misma página, que contiene una numerosa referencia doctrinal y jurisprudencial que sostienen la misma postura. También hay quienes cuestionan esta opinión. Perdices Huetos, por ejemplo, sostiene que la nulidad parcial sólo puede darse "en aquellos casos en que… el contenido resultante de la nulidad se corresponda con la autonomía privada plasmada en la regulación contractual… De este modo, ante una disputa como consecuencia de la nulidad de alguna o algunas de las cláusulas de un contrato, la subsistencia de éste deberá resultar de la valoración de la voluntad hipotética de las partes." (Antonio B. Perdices Huetos, Comentario al artículo 10 de la LCGC, en *"Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación",* Cívitas, Madrid, 2002, pág. 522). Nos parece necesario destacar que el mencionado autor cita erróneamente, a nuestro parecer, a Jesús Alfaro como defensor de esta postura. Señala en ese sentido, como apoyo de su posición, la página 340 de *"Las condiciones…"* de Alfaro en la que éste supuestamente aceptaría como necesaria la valoración de la denominada "voluntad hipotética de las partes". Si bien es cierto que Alfaro emplea un giro lingüístico similar ("voluntad presumible de las partes") lo hace para criticar esa línea argumental y no para sostenerla. Ello queda palmariamente claro en la página 342 donde afirma Alfaro que "la *nulidad parcial basada en la voluntad presumible de las partes* vaciaría de contenido igualmente la finalidad tuitiva de la norma." (cursiva en el original). Y, para no dejar resquicio a dudas, en la página 344 de la misma obra concluye: "En efecto, la regla de la nulidad total o parcial según la voluntad de las partes se adapta a aquellos vínculos que funden su validez y su ejercicio en la autonomía privada. En el caso de las condiciones generales no es así. Estas valen en la medida en que sean remitibles a alguno de los criterios normativos de la integración del contrato: ley, usos, buena fe (art. 1258 CC). Por lo tanto, carece de sentido preguntarse acerca de si las partes habrían celebrado el contrato sin la cláusula correspondiente, porque tal pregunta sólo tendría sentido respecto del predisponente".

La nulidad sólo parcial del contrato del que es parte un consumidor tiene por objetivo precisamente la protección de los derechos de éste y se deriva del principio general según el cual *utile per inutile non vitiatur*[219]. En ese sentido ha expresado certeramente Durán Rivacoba que "sería una verdadera contradicción que, al incluir en el contrato una cláusula abusiva, ésta derrumbara por completo su contenido, jugando en todo caso a favor de quien opera ilegítimamente, al que le basta confiar en que la cláusula prospere o, de lo contrario, permanecer incólume, ostentando su puesto anterior…"[220]. También Alfaro es concluyente respecto de la finalidad de la normativa que recepta la nulidad parcial ya que "la *nulidad total* es manifiestamente inconveniente porque no garantiza *la integridad* material de la norma de protección; y no la garantiza porque impide al adherente obtener lo que la ley quiere darle, que no es la eliminación de las cláusulas abusivas en si misma considerada, sino la eliminación de dichas cláusulas para que el contrato se mantenga con una regulación equilibrada"[221].

También la jurisprudencia lo ha entendido reiteradamente en forma expresa. Así se observa en la SAP Asturias del 22 de julio de 2002 ya citada, en la que se expresa que la exclusión de dos cláusulas por haber sido consideradas abusivas no implica la nulidad de todo el contrato y esta sólo procedería <si dichas cláusulas fueran esenciales, consustanciales al mismo, de manera que al excluirlas el contrato careciera de sentido perdiendo su eficacia jurídica>. A ese razonamiento habría que agregarle la posibilidad que tiene el juzgador de integrar el contenido del contrato, con lo que las hipótesis de nulidad total se ven enormemente reducidas (SAP Alicante 23 de octubre de 2002, Aranzadi Civil, Marzo 2003, pág. 1033)[222].

[219] Cfr. Ruiz Muñoz, M., *op. cit., pág. 272*.

[220] Durán Rivacoba, R., "Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas", *RDP, febrero 2000, pág. 120.*

[221] Alfaro Águila –Real, J., *"Las condiciones…", pág. 341.*

[222] Es conveniente aclarar que la nulidad parcial del contrato que se predica en el texto conlleva, no obstante, la nulidad "total" de la cláusula de que se trate. En este caso la palabra "cláusula" es utilizada en sentido material, es decir, como lo define Alfaro ("Las condiciones…", pág. 345 y ss.), "…cada una de las <reglas de conducta>, cada uno de los <preceptos negociales autónomos>, cada uno de los contenidos de regulación de un contrato". La misma posición parece ser sostenida por la SAP Huelva de 30 de mayo de 2002 (Aranzadi Civil, 2002-II, pág.861-62), en la que, pese a hablarse de la nulidad de la <parte> de la cláusula cuyo cumplimiento se persigue, la posterior descripción de esa "parte" demuestra que la misma puede ser considerada como cláusula en sentido material y que la "cláusula" que la contiene sólo lo es en sentido formal.

10.1. c) Integración del contrato.

Una vez declarada la nulidad de una de las cláusulas del contrato resulta necesario determinar de qué manera se cubrirá el hueco que deja esa estipulación ineficaz. El nuevo Art. 10 bis de la LGDCU establece en su párrafo 2 -ahora de forma expresa- la aplicación para estos casos de las reglas contenidas en el art. 1258 CC.

"*Artículo 10 bis. …*

2. Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas, las cláusulas, condiciones y estipulaciones en las que se aprecie el carácter abusivo. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1.258 del Código Civil. A estos efectos, el Juez que declara la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor o usuario…."[223].

El texto transcripto ha dado lugar al sostenimiento de posiciones encontradas en la doctrina española. El núcleo de la disputa se centra en el orden de prelación de las normas que deben aplicarse al momento de llevar a cabo la integración del contrato (normas imperativas, derecho dispositivo, buena fe y usos, autonomía privada, etc.).

La elección de la corriente que se siga se encuentra estrechamente ligada a la naturaleza que se le hubiera asignado a las condiciones generales de la contratación[224] (contractual, legal o alguna de las que se encuentran en los grises entre una y otra). Si bien nuestra posición sobre la naturaleza de las CGC no es la misma que la sostenida por

[223] El artículo 10.2 de la LCGC reproduce casi literalmente la misma regla al establecer que "la parte del contrato no afectada por la no incorporación o por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo."

[224] Así lo entiende Alfaro y sus argumentos nos parecen convincentes. Critica en base a esto a los "contractualistas" cuando éstos, para negar la admisibilidad de la "reducción conservadora de la validez", recurren a argumentos que colisionan y contradicen la propia tesis contractualista (Alfaro Águila-Real, J., *"Las condiciones…", pág. 424 y ss*.).

Alfaro[225], entendemos que las diferencias de matices que las distinguen no alcanzan para que tengamos que apartarnos de su argumentación en lo relacionado con la integración del contrato. Por ello seguiremos su exposición en este tema aunque de manera sintética[226].

El autor citado considera que la aplicación de las directivas proporcionadas por el artículo 1258 CC nos lleva a sostener que, para lograr la integración de un contrato en el que se ha declarado la nulidad de una de sus cláusulas, debemos recurrir al Derecho dispositivo, y en su defecto a los usos y a la buena fe "cuando una solución diferente no se deduzca de aquellos elementos del contrato imputables a ambas partes (interpretación integradora)"[227].

La ya anotada complejidad del tema exige que se efectúen algunas breves aclaraciones sobre la interpretación que se ha dado del sentido del artículo 1258 CC.

Se deduce de lo afirmado por Alfaro que la primera pista a seguir por quien se encuentra abocado a la tarea de integración es la denominada *interpretación integradora*. Resulta imperioso delimitar con precisión a qué se refiere Alfaro para no incurrir en contradicciones. En efecto se denomina comúnmente con esos términos a la integración que, vía reducción, *trata de compaginar autonomía privada con normativa imperativa del Estado*. Por este motivo sostiene Alfaro que, en principio, la interpretación integradora *vía reducción* no es aplicable a las condiciones generales porque contradice tanto su naturaleza (que no es puramente contractual, donde sí se puede aplicar) como la finalidad de las normas de control (protección al consumidor,

[225] Como ya se ha visto Alfaro sostiene la tesis de la *eficacia declarativa* de las condiciones generales de la contratación (*"Las condiciones…", pág. 93-107*). Como ya hemos destacado antes, pese a seguir una tesis diversa, las conclusiones a las que arribamos son muy similares.
Es importante destacar también, aunque sea marginalmente, que pese a haber seguido muchas de sus opiniones tampoco hemos aceptado la tesis de Ballesteros Garrido quien defiende la denominada doctrina de las *expectativas razonables* (*op. cit., pág. 165 y ss.).* Esta última nos llevaría a descartar la solución que brinda la legislación española pues resultaría innecesaria. Así lo hace notar Ballesteros Garrido quien, después de señalar que "el contrato está compuesto por las expectativas razonables del adherente… con la consiguiente ineficacia de las condiciones generales que no las respeten, que se entienden no aceptadas" sostiene que como consecuencia de ello "no es preciso colmar lagunas porque se sigue justamente el proceso inverso…; es la determinación del contenido del contrato lo que da lugar a la ineficacia de las condiciones generales que se opongan a él, y no la nulidad de las condiciones lo que obliga a determinar cómo quedará el contenido del contrato" *(op. cit., pág. 281-282*).
[226] Entendemos que las opiniones de Alfaro no han perdido vigencia aún cuando algunas de ellas fueron desarrolladas con anterioridad a la sanción de la actual LCGC.
[227] Alfaro Águila-Real, J., *"Las condiciones…", pág. 442.*

que no se logra con una reducción tal[228]). En otras palabras –aclara-, "…*las condiciones generales no constituyen <datos> que permitan deducir la voluntad presumible de las partes y establecer la regulación más adaptada a sus expectativas normativas",* y ello es así porque no puede admitirse, según sostenemos, que en las condiciones generales exista verdadera *voluntad* del adherente[229]. Sin embargo, advierte Alfaro que en estos contratos existen otros <datos>, más allá de las CGC, que resultan imputables a la voluntad de ambas partes y que reflejan las expectativas normativas de las mismas. "Estos datos procederán exclusivamente *de lo que las partes han previsto como elementos esenciales del contrato, de los acuerdos individuales en general, de las presuposiciones de las partes, etc…*"[230]. Es en este sentido, entonces, en el que hay que entender aplicable la denominada interpretación integradora.

En defecto de ella –creemos que en una gran cantidad de casos- deberá recurrirse a lo previsto para supuestos similares por el Derecho Dispositivo. Éste cumple una doble función: en primer lugar llena los vacíos que las partes no hubieran cubierto en la regulación de sus relaciones contractuales y su segunda función –la que más nos interesa para nuestra exposición- consiste en servir como un modelo de regulación en el que los intereses de las partes se encuentran en justo equilibrio[231]. Esta segunda función es la que permite al juez contrastar el contrato que se encuentra bajo observación con el que hubiera resultado en caso de haberse seguido fielmente las prescripciones legales. La diferencia existente entre uno y otro será la que deba "extirparse" del contrato nulo.

Para llenar ese vacío el Derecho Dispositivo está constituido por: 1) la regulación legal del tipo contractual en cuestión, 2) las disposiciones generales sobre contratos y

[228] Para demostrarlo Alfaro recurre al ejemplo de la cláusula de exención de responsabilidad por dolo: "si la reducimos y consideramos válida como exención de responsabilidad por culpa leve, tendríamos una regulación (exclusión de responsabilidad por culpa leve) que tampoco se corresponde con el Derecho legal (que obliga a responder también por culpa leve)", (*"Las condiciones…", pág. 435-36*).

[229] La SAP Córdoba de 16 de enero de 2002 (Aranzadi Civil 2002-II, 883) parece hacer aplicación de esta doctrina al sostener que en la interpretación integradora no se trata ya de investigar la hipotética voluntad de las partes sino <si el negocio también cumple así su función típica aludiendo a la buena fe (art. 1258) y a la mayor reciprocidad de intereses (art. 1289.1) o justo equilibrio de las contraprestaciones…>, lo que podrá tener como consecuencia la corrección de las respectivas declaraciones e, incluso, <imponer un resultado distinto al que podía pensarse que es el querido, porque así lo exigen los principios de confianza y responsabilidad negocial>.

[230] Alfaro Águila-Real, J., "*Las condiciones…", pág. 437.*

[231] Cfr. Alfaro Águila-Real, *"Las condiciones…", pág. 361.*

sobre obligaciones, aplicados directamente o por analogía, 3) el desarrollo jurisprudencial sobre el tópico y los principios generales de los contratos y obligaciones, y 4) el Derecho consuetudinario[232].

Para los casos en que el Derecho Dispositivo no resulte suficiente para cubrir el vacío de regulación luego de sancionarse la nulidad parcial, deberemos recurrir a la buena fe y a los usos. El concepto de buena fe al que se refiere el artículo 1258 del Código Civil supone una valoración equilibrada de los intereses las partes. Como sostiene Alfaro, esta concepción de la buena fe es congruente con lo ya dicho respecto del Derecho Dispositivo y su propia finalidad ya que éste "se basa en una valoración equilibrada de los intereses de las partes [y] la labor del juez integrando el contrato de acuerdo con las exigencias de la buena fe, se está remitiendo a los mismos criterios…"[233].

También la jurisprudencia posterior a la sanción de la ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios y, sobre todo, a la LCGC ha hecho uso de esta facultad. Así la SAP Córdoba de 16 de enero de 2002 [Aranzadi Civil 2002-II, 883, (fundamento de derecho XII)] ha señalado de forma expresa que la declaración de nulidad de una cláusula en virtud de su carácter abusivo "no es sino el punto de partida para que el juzgador… aborde el problema subsiguiente de recomponer el contrato. Se entra en lo que la doctrina llama la <interpretación en función reconstructiva>…".

10.1. d) Aplicación en los supuestos de modificaciones unilaterales.

Luego de este breve repaso por las reglas generales que gobiernan la integración de los contratos en los que se ha declarado la nulidad de una de sus cláusulas, corresponde tratar ahora la forma particular en la que esas reglas tienen aplicación en los casos de modificaciones unilaterales que hemos estudiado. Para ello nos ha parecido conveniente tratar de manera separada a la que hemos denominado cláusula general (la cl. 2da. de la LGCG) de las previsiones particulares de modificación unilateral, pese a

[232] Para un desarrollo más extendido de la extensión del Derecho Dispositivo véase Alfaro Águila-Real, J., *"Las condiciones…",* pág. 363 y ss.. También puede verse Díez-Picazo, *"Fundamentos…",* T I, pág. 428 y ss..
[233] *"Las condiciones…",* pág. 442-43.

que -como se verá a continuación- aunque merecen soluciones similares, las razones que las fundamentan no siempre lo son.

La cláusula 2da.de la LCGC:

Como ha podido verse esta norma considera abusiva a la cláusula que faculta la modificación unilateral del contrato sin motivos válidos especificados en el mismo. Una vez considerada como abusiva, y por esa misma razón, la cláusula cae fulminada de nulidad por el ordenamiento protector del consumidor como también se ha visto, lo que provoca por un lado una nulidad parcial del contrato de que se trate y por otro la necesidad –según el caso- de proceder a su integración.

Es importante recordar y tener en cuenta que cuando analizamos la cláusula 2da. estamos en presencia de una regla general, según se ha señalado oportunamente. Destacamos esto porque será necesario acudir a su aplicación sólo en aquellos casos en los que no sea posible subsumir el caso en alguna de las demás cláusulas que regulan modificaciones unilaterales del contrato y que, por su especificidad, abarquen el supuesto particular y lo solucionen de forma más adecuada. Esa solución adecuada incluye la forma en la que el contrato será integrado en caso de nulidad parcial de una de estas cláusulas. Para los demás casos existe la cláusula general.

Abordando ya la integración del contrato, podemos decir que en estos casos no es necesaria una regulación sustitutiva de la cláusula declarada nula. Ello puede deberse a dos causas: 1) La primera deviene del hecho de que la cláusula en cuestión pueda ser considerada como *sorprendente*. Se trataría del caso en que la estipulación nula hubiera facultado la modificación de la *prestación principal*. En ese supuesto bastaría con la eliminación de la cláusula sin que exista vacío ni, por tanto, necesidad de cubrirlo[234]; el contrato seguiría su curso sin necesidad de agregado alguno. 2) La segunda causa por la que no sería preciso reemplazar la cláusula nula con una regulación sustitutiva se daría en el caso de que la estipulación contrariara un principio general de derecho contractual que rigiera aún para los acuerdos con condiciones generales. Es el supuesto del principio *pacta sunt servanda* por el que no es posible modificar lo previamente pactado sin un

[234] Cfr. Alfaro Águila-Real, J., *"Las condiciones…", pág. 446.*

acuerdo previo. A ello debe agregarse, como ya se ha dejado en claro, que esa conducta también iría en contra de lo dispuesto por el art. 1256 CC. Alfaro ejemplifica esta posibilidad recordando las cláusulas que permiten a los profesionales modificar unilateralmente las condiciones contractuales y declaran al adherente sometido a las que <sucesivamente se pongan en vigor>. En estos casos –sostiene- el principio general del Derecho se aplica en todo su rigor y la prestación u obligación no puede ser modificada[235].

La cláusula 7ma. y las cláusulas 23 y 24 de la LCGC:

La nulidad de las cláusulas que facultan al profesional a aumentar el precio de la prestación sin razones objetivas, como las que lo habilitan a aumentar el mismo por la imposición de servicios accesorios al consumidor merecen, al momento de su integración, el mismo tratamiento.

En efecto tanto en un caso como en el otro no resulta necesario determinar una regulación sustitutiva de la que se elimina por el expediente de la nulidad parcial. En el primer caso (aumento del precio sin razones objetivas), una vez eliminada la cláusula abusiva el contrato permanece vigente con el precio original; en el caso de aumento del precio por imposición de servicios accesorios, el contrato permanecería igualmente válido sin que pudiera obligarse al consumidor a adquirir los productos o servicios y sin que pueda producirse una variación del precio[236].

Como puede verse esta consecuencia no se diferencia de la que ya se ha visto para la denominada cláusula general de prohibición de modificaciones unilaterales (Cl. 2da.). Sin embargo el fundamento por el que se produce no es el mismo. Se han dado dos explicaciones al respecto[237]:

a) La doctrina alemana mayoritaria sostiene que no resulta necesario establecer una regulación sustitutiva en estos casos porque la eliminación de la cláusula abusiva no

[235] *Idem,* pág. 448-49 y nota 278.
[236] Cfr. Alfaro Águila-Real, J., *"Las condiciones…", pág. 447.*
[237] Al respecto véase Alfaro Águila-Real, J., *"Las condiciones…",* pág. 447 y la doctrina citada a favor de una y otra posición en las notas 274 y 275.

tiene como efecto la aparición de una laguna contractual que requiera de la aplicación del Derecho Dispositivo para cubrirla.

b) La doctrina minoritaria entiende que la existencia de una laguna contractual no es el presupuesto que justifica la aplicación del Derecho Dispositivo. Por el contrario sostienen quienes defienden esta posición que el Derecho Dispositivo siempre será aplicable en circunstancias en las que se hubiera excluido una cláusula abusiva aunque ciertamente la forma en la que se aplicará no será siempre la misma. En efecto, para algunos casos la "aplicación" del Derecho Dispositivo implicará la sustitución de la cláusula nula por la regulación que se encuentre prevista por aquél, mientras que en otros casos esa cláusula nula no será sustituida "no porque su ausencia no provoque una laguna, sino simplemente porque el Derecho Dispositivo carece de una regulación aplicable a este punto, por tratarse… de condiciones generales que modifican la prestación principal o que imponen obligaciones al cliente contrarias al tipo de contrato celebrado, por lo que, lógicamente, su contenido no forma parte de la regulación legal... Por lo tanto, no es que no se aplique el art. 1.258 CC, sino que su aplicación opera mediante *eliminación sin sustitución*"[238].

10.2. Modificación unilateral válida.

Es dable pensar –o por lo menos sería deseable- que luego de la sanción de las leyes que rigen las modificaciones de contratos con condiciones generales los profesionales adapten sus clausulados a los límites y estructura previstos por aquellas. Para esos casos en los que la cláusula que faculta la modificación pueda ser considerada como válida también resulta necesario indagar acerca de las consecuencias jurídicas que se producen en el seno del contrato.

Como se ha afirmado para el supuesto de modificación de los que hemos denominado "contratos clásicos"[239], lo que en verdad está en juego es el régimen

[238] Cfr. Alfaro Águila-Real, J., *"Las condiciones…",* pág. 447-48.

[239] Ya con anterioridad nos hemos referido con esta denominación a los contratos en los que prima la autonomía de la voluntad por existir un equilibrio en las posiciones contractuales y que carecen de condiciones generales de contratación en el sentido del art. 1° de la Ley 7/1998 de CGC.

jurídico que será aplicable a partir de la modificación[240]. Si bien consideramos que esa conclusión también es, en principio, aplicable a las modificaciones de contratos con condiciones generales, también lo es que requiere de ciertas aclaraciones.

En primer lugar hay que delimitar el campo de acción del nuevo régimen. En la modificación de contratos clásicos la nueva regulación estará constituida por las normas que las partes, de común acuerdo, hubieran decidido modificar del negocio original, por lo que la modificación puede abarcar, en principio, un amplio abanico de aspectos contractuales. En la modificación de contratos con condiciones generales, en cambio, las consecuencias de la modificación se encuentran limitadas por lo que su apego a la ley exige. La alteración no podrá ir más allá de lo que el legislador hubiera previsto bajo pena de nulidad, caso este último en el cual serían de aplicación los efectos ya estudiados para los supuestos de nulidad parcial.

[240] Cfr. Díez-Picazo, L. *("Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial",* T. II, Cívitas, Madrid, 1993, pág. 794); el autor efectúa esa afirmación cuando diferencia los efectos de la modificación y los de la novación. En ese sentido sostiene que "el problema no es un puro tema de lógica abstracta y la discusión no debe considerarse como escolástica. Es evidente que todo cambio o modificación determina una transformación. Pero cuando en términos jurídicos se trata de decidir si ese cambio es pura modificación de la obligación anterior, que, sin embargo, en cuanto tal obligación permanece idéntica y no se extingue, o si, por el contrario, se produce la extinción de la relación antigua y su sustitución por una nueva en ese momento nacida, lo que en rigor se está discutiendo es el régimen jurídico que a partir de la modificación es aplicable. Dicho más claramente: la permanencia o no permanencia de la relación es en rigor la pervivencia o no pervivencia del régimen jurídico anterior".

XI.- NATURALEZA JURÍDICA DE LA DENOMINADA MODIFICACIÓN UNILATERAL:

11.1. Importancia.

Muchas veces el análisis de la naturaleza jurídica de un instituto es mal visto no sólo por estudiantes de grado -que piensan que se trata de un relleno innecesario de los programas de estudio- sino también por algunos autores que ni siquiera tratan el tema. En nuestra opinión, y a riesgo de ser reiterativos, diremos nuevamente que el estudio de la naturaleza jurídica de las diversas categorías mentadas por el Derecho nos permite conocer sus fuentes, que a su vez, probablemente nos resulten más familiares y con ello, en el mejor de los casos, logremos conocer más acabadamente su funcionamiento y su régimen jurídico.

Ahora traslademos esas ventajas, que acabamos de señalar en general, a la modificación unilateral de contratos con condiciones generales. ¿En qué nos ayudará el conocer su naturaleza jurídica?

Creemos que, como mínimo, dos son las ventajas que se derivan de ese conocimiento. La primera de ellas podría decirse que es común a cualquier indagación de este tipo y consiste en la posibilidad de aplicar –cuanto menos *mutatis mutandi*- el régimen jurídico del género o tronco común a la especie o rama. En efecto, podemos ilustrar a modo de ejemplo que luego de comprobar que un contrato no es más que un tipo o especie de acto jurídico (un acto jurídico bilateral) está a nuestro alcance aplicar el régimen jurídico de estos últimos a los contratos en lo relativo a, v.g., los criterios para apreciar su licitud o ilicitud.

Podría objetarse al respecto que la llamada modificación unilateral cuenta con una regulación propia y que ello haría superfluo e innecesario el recurso a normas más “generales” (en el sentido antes expresado). Sin embargo hemos podido apreciar que, como siempre sucede por la imposibilidad de prever cada detalle, existen lagunas legales o por lo menos regulaciones que están lejos de ser un ejemplo de claridad cuya interpretación mucho agradecería el auxilio de normas que traten supuestos afines.

La segunda ventaja tiene su ámbito de aplicación restringido a nuestro tema de investigación. Como ha sido puesto de manifiesto en más de una ocasión a lo largo de

este trabajo, existen países en los que la legislación de defensa del consumidor –donde la hay- no ha tratado aún la cuestión de la llamada modificación unilateral de contratos con CGC. En esos casos es de una especial relevancia conocer la naturaleza jurídica de este instituto, pues ello nos remitirá a un régimen jurídico que nos permita salir del paso. Seguramente ese régimen, para lograr una aplicación adecuada, requerirá de ciertas correcciones, matizaciones y límites (precisamente esa es la consecuencia y el significado de la voz *mutatis mutandi*) pero sin dudas serán más los beneficios que se obtengan de su aplicación que los tropiezos.

11.2. La Modificación Unilateral como condición suspensiva.

La observación de la estructura de los diferentes supuestos de modificaciones unilaterales, nos han llevado a sostener que las cláusulas (válidas) que contienen ese tipo de estipulación esconden detrás de su ropaje aparente a la conocida figura de la condición suspensiva. Según nuestra opinión, entonces, las cláusulas que facultan modificaciones unilaterales no son en el fondo más que condiciones suspensivas. Para demostrarlo intentaremos probar que los elementos estructurales y esenciales que se presentan en una condición suspensiva se observan también en una cláusula como las aquí estudiadas.

No es esta la primera vez que se esboza una explicación como la que aquí se defiende. En efecto Ysas Solanes ya ha analizado la situación de manera similar[241]. Sin embargo, como se verá en las páginas siguientes, no son pocas las diferencias que nos separan de las argumentaciones de la citada autora, al punto que algunas de ellas nos llevan a pensar que mejor sería afirmar que sólo existen algunas pocas coincidencias entre ambas exposiciones.

11.2.1. Estructura de la obligación condicional.

[241] Véase Ysas Solanes, María, "La modificación unilateral de las obligaciones", en *Centenario del Código Civil,* T II, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pág. 2087 y ss..

En base al texto de los artículos 1113 y 1114 del Código Civil se considera como obligaciones condicionales a aquellas en las que la adquisición de derechos o la pérdida de los ya adquiridos se encuentra supeditada al acaecimiento de un hecho futuro e incierto[242].

En una primera aproximación identificamos en una obligación condicional dos elementos cuya distinción conceptual se dificulta debido a que ambos están estrechamente interrelacionados: (a) por un lado tenemos el nacimiento o la pérdida de un derecho y (b) por otro un hecho futuro e incierto. El acaecimiento de este hecho producirá en un caso el nacimiento de un derecho y en el otro la pérdida del mismo. En el primer caso estaremos frente a una condición suspensiva y en el segundo frente a una condición resolutoria.

Veamos ahora cómo esos mismos elementos se encuentran presentes en una cláusula modificativa.

a) El nacimiento del derecho: hemos visto que en las estipulaciones antes estudiadas de la Ley de CGC lo que el profesional persigue es el derecho a modificar los términos originales del contrato celebrado con un adherente. Pero hemos dejado en claro también que esa modificación sólo puede tener lugar si se cumplen ciertos requisitos. Eso nos lleva al siguiente apartado.

b) En efecto, la modificación no puede tener lugar sino cuando se han cumplido los requisitos que, para los distintos supuestos, se encuentran previstos por la ley. Esos requisitos pueden consistir, como hemos estudiado, en *motivos válidos especificados en el contrato* (Cl. 2da.), *razones objetivas* (Cl. 7ma.), la *variación de un índice legal* (Cl.

[242] Si bien el artículo 1113 se refiere también a *un suceso pasado, que los interesados ignoren,* el hecho de que el análisis de las obligaciones condicionales no representa el tema principal de este trabajo justifica aún más nuestro desinterés en tratar el asunto y ello nos lleva a compartir con López Fernández (López Fernández, L. M., *"La condición suspensiva en los contratos",* Editorial Montecorvo S.A., Madrid, 2000, pág. 21) su opinión respecto de que resulta innecesario "reiterar el debate existente acerca del carácter impropio que se atribuye a la condición cuando el suceso es pasado –es cierto que no existe objetiva incertidumbre acerca de eventos pasados, pero también que quizás baste con que la incertidumbre exista desde la perspectiva de las partes-, ni sobre la necesidad de entender que la conjunción disyuntiva <o> ha de cambiarse por la conjunción <e> para no confundir las respectivos ámbitos de la condición –que siempre implica incertidumbre sobre si el evento ocurrirá- y del término –que sólo admite incertidumbre sobre el cuándo-".
En sentido similar, sobre la posibilidad de que un hecho pasado ignorado por las partes constituya una condición, sostiene Díez-Picazo que "en rigor, en tales casos no hay verdadera condición. Habrá, si acaso, una situación respecto de cuya eficacia existe una incertidumbre subjetiva, producto de la ignorancia o del desconocimiento, que necesita una aclaración" (Díez-Picazo, L., *"Fundamentos…",* T II, pág. 349).

7ma.), etc.. Para defender nuestra posición sostenemos que detrás de cada uno de esos "requisitos" se encuentra un hecho futuro e incierto, cuya producción y sólo ella puede determinar el nacimiento del derecho del profesional a modificar el contenido del contrato en alguno de sus aspectos.

Lo dicho en el apartado b) tiene además otras dos consecuencias, ya que afirmar que sólo a partir de la producción del hecho condicionante el profesional tiene derecho a modificar el contrato, es como sostener que estamos ante una de las especies de obligaciones condicionales: la suspensiva positiva. No coincide con esta posición Ysas Solanes quien al respecto ha sostenido que si bien se trata de un hecho futuro e incierto este puede ser "positivo o negativo…" y que puede provocar "la resolución de la primera obligación y el nacimiento de la segunda"[243].

La autora citada no argumenta respecto de la posibilidad de que pueda tratarse de una condición "negativa". La doctrina ha expuesto que, en base a los textos legales, puede decirse que son condiciones positivas las que consisten en que <ocurra algún suceso> (cfr. art. 1117), mientras que son condiciones negativas las que consisten en que <no acontezca ningún suceso> (cfr. art. 1118). Conforme a esas definiciones no vemos cómo los supuestos de modificación unilateral pueden consistir en condiciones negativas en la medida en que en todos los casos lo que se exige para facultar al predisponente a realizar la modificación es que se produzca uno de los hechos por ellos previstos. Es cierto que la autora citada ha tenido a la vista, al momento de realizar estas apreciaciones, el texto de la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación de 1988, y que ello pudo haber influido en sus apreciaciones, aunque nos parece que aún en ese caso se podría arribar a la misma conclusión que se sostiene aquí[244].

---

[243] *Op. cit.,* pág. 2099.

[244] En efecto, el último apartado del artículo 8 de la Propuesta de Anteproyecto establecía:
"En particular serán también ineficaces las cláusulas de las condiciones generales que infrinjan lo dispuesto en los artículos 9 al 25."
Y el artículo 10 segundo párrafo disponía:
"Tampoco se le podrá reservar (al que utilice las condiciones generales) la facultad de modificar unilateralmente la prestación convenida sin una razón objetivamente justificada y de una manera adecuada a las nuevas circunstancias."
La referencia a las "nuevas circunstancias" nos parece bastante clara para concluir que se trata de una condición positiva.

Por otra parte tampoco compartimos que pueda darse en el presente caso un supuesto de condición resolutoria. La distinción cobra relevancia no sólo a fin de dar mayor claridad sino también en relación a los efectos que se producirían en uno y otro caso. Sobre el punto afirma Ysas Solanes que estaríamos ante "un sistema de condiciones porque no se trata de una condición única, sino de dos. Suspensiva para la segunda obligación y resolutoria para la primera. Es decir, *pendente conditione* la primera obligación es perfecta y si el hecho futuro e incierto no llega a producirse el deudor deberá cumplir la prestación establecida, en cambio si se cumple la condición la primera obligación se resuelve y nace la segunda", (el subrayado es nuestro). Agrega la autora que entonces "cada una de las condiciones contiene las características de suspensiva y resolutoria, de forma que mientras la condición es suspensiva para una parte es al mismo tiempo resolutoria para la otra y viceversa"[245].

Por nuestra parte pensamos que las disposiciones legales son lo suficientemente claras y niegan la posibilidad de intercambiar ambos conceptos, de manera que no podría afirmarse -especialmente para el caso de modificaciones unilaterales- que estemos en presencia de un "sistema de condiciones" como pretende Ysas. En efecto, puede decirse que las condiciones suspensivas son puestas con la intención de dejar pendiente la eficacia de la obligación y suspender la adquisición de derechos, mientras que la condición resolutoria es la que se establece con la intención de determinar la pérdida de los derechos adquiridos y la restitución de los efectos producidos y de las prestaciones ejecutadas[246]. En ese orden de ideas cabe preguntarnos entonces ¿qué derechos se pierden para el adherente cuando se produce el acontecimiento futuro e incierto? Y, sobre todo ¿qué efectos producidos y prestaciones ejecutadas se restituyen?

[245] La autora cita a Lacruz Berdejo en apoyo a sus afirmaciones quien sostiene (Lacruz Berdejo, J. L., Luna Serrano, A. y Rivero Hernández, F., "Elementos de Derecho Civil", I, Vol. 3°, pág. 243) que "…hay que tener en cuenta que la condición resolutoria funciona como suspensiva respecto de la parte a quien beneficia su realización y tiene expectativa de que, reconducida la situación a como era originariamente, desaparecerán para él las consecuencias negociales que la afectaban o se determinarán en su provecho otras ventajas". No creemos que la opinión de Lacruz pueda ser citada como apoyo de la manifestado por Ysas Solanes; en primer término parece bastante claro que aquél se refiere a la posible doble función que cumpliría la condición resolutoria (como resolutoria para una parte y suspensiva para la otra) y no así la condición suspensiva, de la que nada dice al respecto. No son intercambiables, ni dependen del punto de vista desde el que se la observe. Más aún el propio Lacruz reconoce más adelante en la obra citada (en la misma página) que, aunque pueden encontrarse similitudes en la regulación de ambas, también existen diferencias (las reconoce para las obligaciones de dar).

[246] Cfr. Díez-Picazo, L., op. cit., pág. 350 y Lacruz Berdejo, J. L., Luna Serrano, A. y Rivero Hernández, F., "Elementos de Derecho Civil", I, Vol. 3°, pág. 238-39.

No hay duda –o por lo menos nosotros no las tenemos- de que el adherente no pierde ningún derecho cuando se produce el hecho futuro, a menos que el pago del precio (si ese fuera el caso) se tuviera como un derecho para este. Sostenerlo implicaría forzar la terminología y los conceptos jurídicos. Pagar el precio no es un derecho del adherente, es una obligación; el correlativo derecho del adherente está constituido por la prestación a cargo del profesional y esta no desaparece con la producción del hecho futuro e incierto, más aún permanece inmutable[247]. En segundo lugar parece también fuera de toda discusión que en los casos de modificación unilateral, una vez verificada esta, ninguno de los efectos ya producidos ni de las prestaciones ya ejecutadas se restituyen a su estado anterior.

11.2.2. Como condición mixta.

Las llamadas condiciones mixtas tienen la particularidad de que en ellas coexisten un acto dependiente de la voluntad de una de las partes y un acontecimiento casual. Como regla general las condiciones mixtas son válidas en los contratos que hemos denominado clásicos. Entendemos que en materia de condiciones generales el rigor y el carácter restrictivo con que la ley ha previsto la posibilidad de incluir cláusulas de modificación sólo permiten que el arbitrio del profesional influya en un aspecto casi formal de este tipo de estipulaciones: la previsión y redacción de la cláusula. Sin embargo desde ya dejamos en claro que, como lo venimos afirmando durante todo este trabajo, ese arbitrio, en cambio, no puede influir ni siquiera parcialmente en la producción del acontecimiento que desencadenará la alteración.

Para apreciar que las cláusulas modificativas encierran en sí una de las denominadas condiciones mixtas, examinaremos a cada una de las especies de condiciones.

Las condiciones casuales se definen por oposición a las condiciones potestativas y la diferencia entre unas y otras ha envuelto desde antiguo a la doctrina en una discusión

[247] Huelga decir que nos referimos acá a las modificaciones válidas que puedan producirse, en las que nunca podría resultar alterada la prestación principal.

de la que difícilmente pueda decirse que está resuelta. Sin embargo, creemos que dentro del ámbito de la estructura de las cláusulas modificativas como *condiciones,* el diseño que el legislador ha establecido para estas no deja lugar para esos desacuerdos. En efecto, las condiciones casuales pueden definirse como aquellas que dependen de un acontecimiento accidental o azaroso respecto de las partes[248], y aparecen como un suceso en cuya producción estas no pueden influir, ya sea porque se trate de acontecimientos generales o bien porque sean hechos llevados a cabo por terceros sin relación alguna con las partes[249].

Las condiciones potestativas, en cambio, son aquellas que como afirma López Fernández, dependen "del mero querer del deudor o en un acto suyo que se producirá con probabilidad próxima al 100 por 100 si éste aplica su voluntad y los medios oportunos"[250]. Sin embargo, recuerda Manresa en base al art. 1115 del CC que "es indudable que la palabra exclusivamente autoriza a contrario la licitud de condiciones que sólo en parte dependan de la voluntad del deudor, y en parte también de la de un tercero o de la suerte…"[251].

Hemos repetido cada vez que hemos tenido oportunidad que los distintos supuestos de cláusulas modificativas que prevé la legislación española excluyen la posibilidad de dejar en manos del profesional la decisión de modificar el contenido contractual. Así se ha sostenido tanto para la cláusula 2da. como para la 7ma. cuando han sido analizados respectivamente los requisitos de validez (motivos válidos) y razones objetivas. En esas ocasiones hemos dicho, y lo repetimos ahora, que la modificación de las circunstancias iniciales o el aumento de precio debían ser consecuencia de un hecho ajeno al profesional. A tal punto ello es así que si la cláusula facultara la modificación contractual cuando el cambio de circunstancias o el aumento de precio hubieran sido provocados por el profesional, esa cláusula sería nula[252].

---

[248] Cfr. Montés Penadés, V.L., *op. cit., pág. 1049.*

[249] Cfr. Díez-Picazo, L., *"Fundamentos…",* pág. 351.

[250] López Fernández, L. M., *op. cit., pág. 38.*

[251] *"Comentarios al Código Civil español",* T. VIII, 1901, pág. 121. Recuérdese que el texto del mencionado artículo expresa: "Cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula. Si dependiere de la suerte o de la voluntad de un tercero, la obligación surtirá todos sus efectos con arreglo a las disposiciones de este Código".

[252] Al analizar los distintos supuestos de cláusulas modificativas hemos insistido en que la causa de esa nulidad encuentra uno de sus fundamentos en la imposibilidad de subordinar la validez o el cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes conforme lo dispone el art. 1256 CC. Así lo entiende también

Por esa razón en el caso particular de las llamadas modificaciones unilaterales la única cuota de voluntad que puede asignársele al profesional es la introducción de la cláusula por la cual "se reserva el derecho de introducir la modificación". Esa reserva sólo surte efectos si es incluida válidamente en el texto del contrato celebrado con el adherente. Esta es la actividad que desarrolla el predisponente y que constituye, en nuestro análisis, la porción "potestativa" de la condición mixta. Cabe concluir entonces que el elemento potestativo solo se encuentra en la previsión de la cláusula y en su redacción.

Por otra parte resulta aún más importante destacar que la cláusula es –debe ser- absolutamente casual en lo relativo al hecho que desencadena la modificación. El hecho futuro e incierto debe ser por entero ajeno a la voluntad del profesional[253]. A continuación insistimos en ello.

11.2.3. El acontecimiento futuro e incierto.

Hemos afirmado más arriba en este mismo capítulo –y ya lo habíamos adelantado al tratar cada uno de los supuestos- que para defender nuestra posición sostenemos que detrás de cada uno de los "requisitos" previstos por la Ley para que proceda válidamente una modificación se encuentra un hecho futuro e incierto. Afirmamos así que tanto los *motivos válidos especificados en el contrato* (Cl. 2da.), como las *razones objetivas* (Cl. 7ma.) y la *variación de un índice legal* (Cl. 7ma.), no son más –ni menos- que la previsión de acontecimientos futuros e inciertos cuya efectiva producción posibilita al profesional llevar adelante la alteración del contrato. Veamos.

Montes Penades (*op. cit., pág. 1049*) quien observa que "…la palabra *cumplimiento* –utilizada por el art. 1115- [se refiere] a la realización del evento, e impide que dependa de la <exclusiva voluntad del deudor>. La expresión *exclusiva voluntad del deudor* es fácilmente asimilable a la idea de *arbitrio* de uno de los contratantes. Y la indicación de *nulidad* implica claramente la idea de validez/invalidez. Por lo que hemos de concluir que el campo operativo de una condición potestativa está siempre constreñido entre los límites de permisión del artículo 1.256 del Código Civil…".

[253] Nótese que el factor de confusión que introduce la perspectiva que destaca cómo la efectiva realización de la condición simplemente potestativa no depende la exclusiva voluntad del deudor, sino también de un mínimo componente de azar, no afecta en nada nuestra tesis ya que ni uno (potestativa) ni otro (mixta) tipo de condición reúnen las características que se observan en las cláusulas de modificación. Como consecuencia de esa falta de adecuación al modelo de aquellas las estipulaciones modificativas (como condiciones casuales) no sufren de confusión en cuanto a sus límites conceptuales.

Al analizar las cláusulas 2da. y 7ma. de la Ley hemos sostenido –y creemos haber demostrado- que la *validez* o las *razones objetivas* requeridas por la Ley implicaban, entre otras cosas, que se tratase de hechos sobrevinientes, ajenos a la voluntad del profesional.

No es muy difícil advertir que un hecho sobreviniente es, por definición, un hecho futuro, un hecho que ocurre con posterioridad a la celebración del contrato. La incertidumbre sobre si ese hecho ocurrirá o no ocurrirá se deriva de una serie de constataciones. En primer lugar hemos visto que el hecho futuro debe tener la virtualidad de provocar la alteración de las circunstancias tenidas en cuenta al momento de contratar. No cabe duda de que esa alteración, por muy probable que aparezca en algunos casos, es siempre incierta. El plazo por el que el contrato ha sido pactado puede transcurrir sin que ninguna alteración de circunstancias ocurra necesariamente, con lo que no podría efectuarse modificación alguna en el negocio.

Y si todavía persistiera alguna duda sobre la necesaria incertidumbre del hecho futuro no tenemos más que recordar lo ya dicho para las modificaciones sujetas a la variación de índices: no es posible sujetar la modificación del precio al mero transcurso del tiempo (término), caso en el cual estaríamos ante un supuesto de hecho futuro pero cierto como lo es una fecha[254]. Tampoco en estos casos el carácter futuro del hecho parece estar en entredicho, mientras que, como se ve, resulta más sencillo captar la incertidumbre respecto de la variación de las circunstancias (en este caso representadas en un índice). Recordemos que en la mayor parte de los supuestos resultaba de aplicación el Índice de Precios al Consumidor, y de ello podemos derivar que en economías estables la alteración del mismo no podría tomarse como un hecho cierto y mucho menos la cuantía de su variación que en no pocas ocasiones experimenta

[254] Así lo pone de relieve Montés Penadés (Comentario al Artículo 1.113 CC, en *"Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales",* dirigido por M. Albaladejo, Editorial Revista de Derecho Privado, T. XV, vol. 1°, pág. 1002), al señalar que "en efecto, el mecanismo específico que denominamos *condición* se separa del *término* por razón del carácter del evento tomado en consideración: si el evento se ha de producir, aún cuando no se sepa cuándo, estamos ante un término. Únicamente si el evento puede producirse o no estamos ante una verdadera *condición*".

retrocesos (índices negativos de deflación) y no avances (inflación)[255]. Nuevamente, el contrato podría transcurrir en todo su plazo sin que sea necesario modificarlo.

11.2.4. De origen voluntario pero regulación legal.

Como ya se habrá notado hemos venido sosteniendo que la regulación de los distintos elementos que conforman la estructura de la cláusula modificativa como condición viene dada por la ley. Incluso muchas veces esos elementos son exigidos por la ley como requisitos de validez de la propia cláusula (el acontecimiento futuro debe ser ajeno a la voluntad del profesional, sólo su producción faculta la modificación, etc.). Estas constataciones pueden plantear un problema cuya resolución podría derribar el edificio que acabamos de construir afirmando que las cláusulas modificativas son condiciones. La cuestión es la siguiente: ¿estamos realmente ante una condición a secas o ante una de las denominadas *condicio iuris*?

Las primeras, también denominadas <condiciones de hecho> o *condicio facti*, son las que se encuentran en el negocio como consecuencia de que han sido introducidas por voluntad de uno de los sujetos. En las *condicio iuris*, en cambio, es la ley la que hace depender la eficacia del negocio de un acontecimiento futuro. Precisamente, como observa Montés Penadés, en las *condicio iuris* el hecho futuro es un elemento que no es arbitrario ni contingente, sino necesario y constante: "puesto que la norma jurídica subordina los efectos del negocio a un determinado evento, sin este evento tales efectos no se verifican"[256].

Nótese la similitud que, por lo menos en apariencia, tiene esta definición de *condicio iuris* con el desarrollo –o parte de él- que hemos llevado adelante en este trabajo: ¿no hemos dicho que es la propia ley la que establece que si no se produce un hecho ajeno a la voluntad del profesional… no hay modificación? ¿No coincide esto con la definición de *condicio iuris*? Pues no, y veamos por qué.

[255] Incluso para economías inestables creemos que puede llegarse a la misma conclusión ya que en estos casos la sujeción, sobre todo del precio, a un índice no tiene por objeto modificar el contenido del contrato sino más bien conservarlo.
[256] *Op. cit., pág. 1003*.

En las condicio iuris el cumplimiento del hecho futuro previsto por la ley –que no siempre sería incierto- funciona como un presupuesto de eficacia del negocio[257], mientras que en las cláusulas estudiadas esto no ocurre. En efecto, es evidente que la cláusula de modificación como condición suspensiva que habilita la alteración del contrato no constituye un presupuesto de validez ni de eficacia del contrato, al punto que este puede existir y subsistir sin la cláusula o aún con una redacción abusiva de la misma (nulidad parcial).

Por otra parte, nos parece concluyente la opinión de Betti cuando afirma que los presupuestos legales –en la condicio iuris- están ligados al negocio "…por un nexo objetivo de subordinación jurídica, independiente de la mención que las partes puedan hacer de él, mientras que la condición establece, en cambio, un vínculo subjetivo y arbitrario entre el negocio y un evento extraño…"[258]. Si bien esta posición nos parece aceptable, en el ámbito de los contratos con condiciones generales presenta un escollo que debe salvarse antes de ser aplicable a los mismos. En efecto, Betti afirma que como consecuencia de esa diferencia entre uno y otro instituto puede decirse que las condiciones –a secas o condicio facti- son *creación exclusiva de la autonomía de las partes* y ello parecería contradecir lo que hemos sostenido respecto de la naturaleza jurídica de las condiciones generales donde hemos afirmado que la autonomía de la voluntad se limita, para el adherente, a unas pocas estipulaciones esenciales del contrato (prestación, precio, etc.). Si estas cláusulas no son incorporadas por la autonomía de la voluntad de las partes ¿por qué son válidas entonces? Para solucionar este aparente problema debemos reparar en el siguiente razonamiento: en primer lugar parece bastante claro que la inclusión de cláusulas modificativas es instada por el profesional pues es él quien se beneficiará de ellas[259]. Pero también creemos haber

---

[257] Sobre esto advierte Albaladejo *("Derecho Civil I, Introducción y Parte general",* Librería Bosch, Barcelona, 2000, pág. 724-25) que no es ese el único concepto de *condicio iuris*, sino que existe otro a tenor del cual esta no discrepa intrínsecamente de la *condicio facti* "sino que se diferencian en la diversa procedencia de una y otra: la ley, para una, y la voluntad del sujeto, para la otra…". A nuestro parecer el desarrollo que expone Albaladejo no aporta mucho ya que, como puede verse, llega a la misma conclusión: la diferencia de origen, legal en una, voluntaria en la otra. El mismo autor lo reconoce: "De todas maneras, tengan en común unas y otras lo que tengan, e incluso aunque sean intrínsecamente iguales, no operan igual respecto de los efectos del negocio al que se refieren…" (*Idem*).

[258] *"Teoría General del Negocio Jurídico",* Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, pág. 389.

[259] En ese sentido coincidimos *mutatis mutandi* con la observación que hace al respecto Montés Penadés (op. cit., pág. 1015) quien afirma que "cuando se dice que condición, término y modo son modalidades accidentales, *accidentalia negotii*, se está expresando que son extrañas respecto al tipo o género del

dejado suficientemente en claro que sólo serán válidas en la medida que reúnan los requisitos exigidos por la ley. De ahí que la legitimidad o validez de estas cláusulas viene dada por la ley y no sólo por la voluntad del profesional. Es cierto que la voluntad de este cumple también una función importante en el esquema porque para que la cláusula funcione debió previamente ser incluida por aquél. Y aquí encontramos la diferencia que evitará que caigamos nuevamente en la aparente contradicción de sostener que la ley impone esta cláusula: son dos los momentos que hay que distinguir; en el primero el predisponente incluye la cláusula para que pueda funcionar en el contrato; en el segundo momento la ley le concede validez y regula su funcionamiento en la medida que se hayan cumplido sus requisitos. En otras palabras: la ley no impone la cláusula modificativa en el esquema contractual pero, en caso que el profesional decida introducirla, sólo un modelo conforme con el previsto por la ley será válido[260].

Es esta una de las diferencias más importantes que nos separan de la opinión sostenida por Ysas Solanes. En efecto, de lo que afirma en el trabajo antes citado se deduce que la autora entiende que en los contratos con condiciones generales la configuración de una cláusula como las aquí estudiadas deriva su fundamento de validez de la autonomía de la voluntad de las partes. Así expresa que, en su opinión, queda clara "la necesidad de acuerdo para que sea posible la modificación [aunque] el mecanismo de modificación no es tan simple. En efecto, -agrega- se trata de dar un consentimiento para una modificación, pero no en el momento en que se produzcan las causas para la misma, sino por anticipado, por lo que es necesario que se expresen en la propia condición general"[261] (el destacado nos pertenece).

---

negocio, a su estructura típica, pero que asumen carácter esencial en relación al negocio concreto en que se incluyen…".

[260] En sentido similar observa Betti (*op. cit., pág. 386*) que "lo que pende, incierto y dudoso, no es, por tanto, la voluntad… sino, únicamente, la regulación de intereses que constituye el contenido preceptivo del negocio."

Ya se ha sostenido, en relación a la férrea regulación legal, y lo reiteramos ahora, que ella no implica cercenar la voluntad del predisponente. Los marcos que el legislador ha considerado adecuado establecer para cada uno de los supuestos de cláusulas modificativas previstos en la ley son lo suficientemente amplios como para que el profesional pueda resguardarse de eventuales alteraciones de condiciones extrínsecas a su giro comercial y a la vez para proteger al consumidor de posibles excesos. También se ha visto cómo en el "espacio" existente entre la validez y la invalidez la buena fe juega un papel importante.

[261] *Op. cit., pág. 2091.* La autora parece ir más allá aún y sostiene (*op. cit., pág. 2098*) que la alteración del contrato con un consumidor puede resultar de una novación aún cuando el "consentimiento para la modificación se da al aceptar el contrato en que está incluida la condición general, luego existe un *alicuid novi* y un acuerdo de modificación".

Se trata sin dudas de lo que hemos identificado, siguiendo a Alfaro y a Ballesteros Garrido, como un vicio de quienes aún defienden la tesis contractualista clásica, ya que para sostenerla necesitan recurrir a la (evidente) ficción de afirmar que el adherente "acepta" la modificación desde el inicio del contrato. Para no caer en reiteraciones innecesarias luego de lo dicho, nos remitimos a lo expuesto supra en relación a la diferencia entre la modificación de contratos clásicos y contratos con condiciones generales.

Un análisis como el realizado por la autora citada podría hacerse sin dificultades, en cambio, respecto del inciso XIII del art. 51 del Código Brasileño de Defensa del Consumidor que establece la nulidad de las cláusulas que <autoricen al profesional a modificar unilateralmente el contenido o la calidad del contrato, después de su celebración.>. En ese sentido señala Nelson Nery Junior que la modificación de las bases contractuales en virtud de un hecho sobreviniente, como, por ejemplo, la alteración de las reglas de juego relativas a la economía nacional, debe ser llevada a cabo por <tratativas bilaterales de las partes de la relación de consumo>. El autor encuentra el fundamento de esa disposición en la voluntad del legislador de preservar el equilibrio negocial entre profesional y consumidor (art. 4°, n° III) y asegurar a éste la libertad en las contrataciones (art. 6°, n° II)[262].

11.3. Efectos.

11.3.1. Aclaraciones previas.

Antes de avanzar en el análisis de los efectos que produce el acaecimiento del suceso incierto y futuro deberemos aclarar que la aplicación del régimen de la condición suspensiva se limita a la cláusula modificativa y sólo a ella. Con esto queremos destacar algo que ya hemos adelantado en las páginas anteriores: no es el contrato (ni su eficacia) el que se encuentra sujeto a que el hecho incierto y futuro suceda o no suceda sino la modificación de alguno de sus aspectos. Solamente esa cláusula, la que prevé una

[262] Nery Jr., Nelson, "La protección contractual", en *"Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, Comentado pelos autores do Anteprojeto"*, AAVV, 6ta. edición revisada y actualizada hasta junio de 1999, Forense Universitaria.

posible modificación, está subordinada en sus efectos a que ese suceso tenga lugar y, por tanto, es también la única que cae bajo la regulación de las obligaciones condicionales en lo que le sea aplicable[263]. Así lo entiende también Ysas Solanes al subrayar que "…la condición no tiene por qué afectar a la totalidad del negocio determinando sus efectos, sino que es posible condicionar alguno de los elementos del mismo, así, por ejemplo, la modificación de una sola de las prestaciones. Podría hablarse de que la existencia de la modificación… depende de una condición"[264]. Por otra parte, la conclusión es perfectamente ajustada a derecho en tanto nada prohíbe que se someta a condición sólo un aspecto del contrato. Más aún creemos que la referencia de la ley a "obligaciones" condicionales y no a "contratos" habilita también esa conclusión. En efecto, nada descubrimos al afirmar que un contrato no es más que un conjunto coherente de obligaciones.

Por otra parte es necesario señalar que las normas reguladoras de las condiciones pertenecen, en lo relativo a sus efectos y por lo menos en principio, al ámbito del Derecho Dispositivo, lo que nos servirá al momento de efectuar un análisis interpretativo. Así lo destaca Montés Penadés quien al analizar el artículo 1120 CC afirma que "…dado el tenor literal del precepto, para enfocar adecuadamente el significado de las reglas que contiene, hemos de empezar subrayando el juego de la voluntad, y el tono dispositivo de la norma"[265]. Por supuesto, nos quedamos con la referencia al Derecho Dispositivo y descartamos, para el caso de las condiciones generales, la alusión a la voluntad de las partes.

Como colofón de estas "advertencias previas" diremos -aunque huelgue decirlo- que resulta indispensable que exista una exacta correspondencia entre el hecho y la previsión contenida en la cláusula modificativa para que la condición pueda considerarse verificada y producir sus efectos. Ese requisito, exigible en todo tipo de

[263] Cfr. Betti (op. cit., pág. 388) quien observa que "la condición, en lugar de referirse al total del contenido del negocio, puede afectar sólo a una parte de él, a un específico pacto…".
[264] Como ya dijimos, la autora entiende que como consecuencia de la condición también puede resultar una novación (op. cit., pág. 2099). Textualmente escribe: "Podría hablarse de que la existencia de la modificación, o de la novación depende de una condición."
[265] Op. cit., pág. 1097.

obligación condicional, debe ser constatado con particular celo en los contratos con consumidores[266].

11.3.2. Modificación irretroactiva.

Una vez cumplida la condición, que en nuestro caso estará dada esencialmente -pero no solo[267]- por una alteración fáctica con aptitud para romper el equilibrio de prestaciones, queda expedito el camino hacia la modificación del contrato. Esa alteración estará encaminada, como se ha sostenido, a restablecer el equilibrio perdido. Así, en el caso de tratarse de un aumento del precio de la prestación, la modificación debe ser equivalente por ejemplo, y cuando ello sea justificado, al aumento de costos externos sufrido por el profesional. De ahí en adelante el precio será el que resulte de la adecuación efectuada[268].

Existe sin embargo un aparente obstáculo dentro de la regulación de los efectos de las condiciones que debe ser salvado. Se trata de la *retroactividad* que la generalidad de las legislaciones prevén para el caso de que la condición suspensiva se cumpla. En efecto, y a primera vista, afirmar que el acaecimiento del hecho hace que los efectos operen retroactivamente parece tanto como decir que la modificación del precio –v. g.- debería retrotraerse al inicio del contrato. Como es obvio no puede ser ese el efecto buscado por la ley; ello carecería del más mínimo sentido común y no tendría fundamento alguno. Lo que se busca, reiteramos es restaurar el equilibrio afectado.

[266] Si bien los fundamentos de justicia –la modificación funciona para conservar el equilibrio de prestaciones- nos parecen más que suficientes para justificar la necesidad de que el hecho se adecue a lo previsto en la cláusula, existe también una necesidad lógica. En efecto, no se trata sino de una aplicación particular de una norma jurídica como juicio imputativo e hipotético disyuntivo: sin el cumplimiento del hecho no puede darse la consecuencia prevista (véase Aftalión E. R. y otros, *"Introducción al Derecho",* T. I, Ed. El Ateneo, Bs. As., 1956, pág. 115 y ss.). Betti (*op. cit., pág. 384*) lo aclara (¿?) y amplia para el específico caso de las condiciones: "La estructura lógica del negocio condicional es la de un juicio hipotético doble y alternativo… porque para el caso de que la previsión contemplada no se produzca se dispone la consecuencia opuesta; es decir, que el orden prescrito a los intereses en cuestión no tenga lugar o, respectivamente, cese en su efectividad (el esquema lógico es el siguiente: "si se produjera la previsión *x*, tendrá lugar –o bien cesará- una regulación *y*; si la previsión no se produjese, tal regulación no tendrá vigor o, respectivamente, no cesará de tenerlo")."

[267] También se integra con otros "hechos" como la conducta del profesional en la inclusión de la cláusula y su adecuada redacción como se ha visto *supra*.

[268] Así, si el consumidor hubiera estado pagando 30 euros por el servicio de video cable y la modificación de los costos externos es equivalente al 10% (3 euros), el nuevo precio a pagar debería ser de 33 euros.

¿Cómo compatibilizamos entonces los efectos buscados con las previsiones normativas en materia de condiciones?

Para responder a ese interrogante separaremos nuestra respuesta en dos partes: de un lado trataremos la cuestión en el Derecho español que contiene previsiones específicas y las conclusiones a las que lleguemos serán, probablemente, aplicables a todo ordenamiento que cuente con normas similares en esta materia[269]. Por otra parte estudiaremos el tema en aquellos países cuyas legislaciones no contienen previsiones expresas para modificación de contratos con CGC e intentaremos demostrar que aún en ellos se pueden alcanzar iguales conclusiones.

En el Derecho español el problema en realidad no existe. Si bien es cierto que la teoría de las condiciones es sumamente útil al momento de llenar posibles vacíos o despejar algunas dudas, sobre todo en lo relativo a la calificación como casual del hecho incierto, también lo es que, en principio, los efectos de la producción de ese acontecimiento están suficientemente regulados por normas específicas como lo son las cláusulas de la LDCU analizadas en este trabajo. En ese sentido creemos que no cabe ninguna duda de que los efectos del cumplimiento de la condición operan hacia el futuro, *ex tunc*. A tal punto ello es así que nadie en la doctrina se ha planteado si quiera la posibilidad contraria. En este caso, tratándose de lo establecido por disposiciones específicas, prevalece la regulación particular (LDCU) sobre la general (art. 1120 CC y cc.).

En las legislaciones que carecen de una regulación específica, en cambio, no resulta tan simple esquivar la retroacción de los efectos de la obligación que estaba sujeta a condición. Sostenemos sin embargo que la tarea, por complicada que parezca, es viable. Nos proponemos entonces, como ya hemos adelantado, demostrar que en las legislaciones sin regulación específica en materia de modificación de contratos con CGC también es posible concluir que el cumplimiento del hecho condicionante propaga los efectos de la obligación hacia el futuro.

Para ello tendremos especialmente en cuenta a los principios interpretativos de contratos con CGC. El mecanismo fundamentador de la retroactividad del efecto de la

[269] Por ello entendemos que serían de aplicación, en principio, en los ordenamientos de los países de la Comunidad Europea que hubieran adaptado su legislación a los contenidos mínimos establecidos por la Directiva 93/13 CEE.

condición en los contratos clásicos es la autonomía de la voluntad. Más allá de que incluso en aquellos se ha cuestionado la justicia y acierto de ese efecto[270], no cabe dudas que ese fundamento no tiene posibilidad de existir en el ámbito de los contratos con CGC ya que en estos no hay autonomía de la voluntad en el adherente. Al faltar la autonomía de la voluntad no es posible entonces indagar en ella o utilizar algunos de los mecanismos de interpretación que la presuponen (no podría utilizarse por tanto tampoco en este caso, el recurso a la reducción conservadora de la validez). El segundo sistema normativo al que podría acudirse se encuentra vedado de antemano ya que se trata precisamente del Derecho Dispositivo y a este pertenecen las normas cuya aplicación pretendemos eludir, y además su aplicación en este supuesto tiene también como fundamento la autonomía de la voluntad y no que se trate de una regulación justa o equitativa. En efecto, sólo desde un positivismo exacerbado se podría pretender la aplicación del Derecho dispositivo sin atender a si se adapta o no a lo que las partes verosímilmente entendieron como incluido[271].

Llegados a este punto nos queda el recurso a la buena fe. Será importante reiterar aquí que el concepto de buena fe que aceptamos y seguimos en esta materia es el que propone Alfaro quien se inclina por entender que "la buena fe a la que se refiere el art. 1.258 CC significa *valoración equilibrada de los intereses de las partes.*" Agrega el autor que "esta concepción de la buena fe es, además, congruente con la regla general, esto es, con la aplicación del Derecho dispositivo, en cuanto que –admitido- que el Derecho dispositivo se basa en una valoración equilibrada de los intereses de las partes, la labor

[270] "En cuanto al argumento fundado en la presunción de la voluntad de las partes, quedaría por explicar en qué se funda esa presunción: ¿cuál es su base? ¿cuáles son, en el silencio de las partes, los hechos en que se apoya esa presunción? A falta de una manifestación de voluntad expresa en sentido contrario ¿no sería más lógico pensar que las partes han querido que la condición produjese sus efectos desde el día de su cumplimiento y no desde antes?..." (Betti, *op. cit., pág. 324*). También Colmo se suma a las voces críticas del principio de retroactividad en las condiciones y afirma además que no cuesta mucho probar que el mismo dista de corresponder a la intención de las partes (Colmo, A., *"De las Obligaciones en General",* Editorial Guillermo Kraft, Bs. As., 1944, pág. 173-74).

[271] Anota el Profesor Eugenio Llamas Pombo *("Orientaciones sobre el Concepto y el Método del Derecho Civil"*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fé, 2002, pág. 197 y 198), respecto de la superación del Positivismo jurídico que "...las tragedias vividas en la Alemania nazi pusieron al descubierto lo absurdo del exceso de confianza en a positividad del Derecho, que dejaba indefensos a los juristas frente a las leyes de contenido arbitrario...". El nuevo iusnaturalismo posbélico ("existencial") surgido de aquél holocausto supone para Llamas Pombo, dos cambios notables: por un lado "una búsqueda de las "indicaciones" intemporales y absolutas de la justicia, dentro de la historia y de la persona..." y por otro lado "lleva consigo la vinculación del Derecho Privado a moldes axiológicos, omnicomprensivos..." que recojan "...todos los elementos que conduzcan a una consideración más justa de la convivencia".

del juez integrando el contrato de acuerdo con las exigencias de la buena fe, se está remitiendo a los mismos criterios que están en la base del Derecho dispositivo"[272]. De ahí que la aplicación de la buena fe nos permita resolver adecuadamente el problema pues lo que se trata de hacer es interpretar la cláusula de modo que, respetando los derechos y expectativas de las partes, se conserve el equilibrio de prestaciones. De ahí, podemos concluir que si la cláusula es válida –requisito necesario para su aplicación- eso querrá decir que se ha producido un desequilibrio que debe ser restaurado. Es evidente que ese equilibrio se rompe hacia el futuro y una adecuación a las nuevas circunstancias no justificaría la propagación de sus efectos al pasado donde resultaría innecesario puesto que en aquél momento las prestaciones eran equivalentes.

11.4. Las cláusulas 23 y 24 de la LGCG.

El supuesto contemplado por las cláusulas 23 y 24 de la LCGC, es decir, el que prevé el aumento de precio derivado de la imposición de bienes o servicios accesorios o complementarios al consumidor, parecería a primera vista no encajar en la tesis de las modificaciones contractuales como condiciones suspensivas. Nos parece que esa apariencia es verdadera; no se aplica aquí el régimen de las condiciones suspensivas.

En efecto la modificación depende en este caso de dos extremos básicos: por un lado que el profesional ofrezca al consumidor los bienes o servicios complementarios y, por el otro, que el consumidor acepte –aunque, claro está, podría no hacerlo-. No vemos allí una condición suspensiva. No hay un hecho futuro e incierto al que se encuentre condicionada la facultad de aumentar el precio, a menos que pretendiéramos llamar así a la oferta del profesional y la aceptación del adherente sosteniendo que cada una de ellas es una condición potestativa. Eso sería como afirmar que un contrato cuya celebración se supeditara a que las partes recíprocamente quieran contratar contuviera dos condiciones potestativas y resulta, por lo demás, una elucubración innecesaria puesto que existe, a nuestro modo de ver, una solución mucho más sencilla y aceptable.

[272] Alfaro Águila-Real, J., *"Las condiciones…",* pág. 442-43.

Nos parece que en el caso de las cláusulas 23 y 24 no estamos propiamente en presencia de una de las denominadas cláusulas de modificación unilateral. Esta afirmación requiere de las siguientes aclaraciones y matizaciones.

1) No se trata de una cláusula modificación unilateral: utilizamos aquí la expresión en el sentido en el que la usa la mayor parte de la doctrina, es decir, en referencia a aquellas cláusulas en las que se exige para su validez el acaecimiento de hechos ajenos a ambos contratantes. En las denominadas cláusulas de modificación unilateral es la ley la que dispone qué requisitos objetivos deben concurrir para validar la modificación. En este caso no ocurre eso. No hay requisitos objetivos sino que la ley exige para conceder validez a esa estipulación que sea la propia voluntad del consumidor la que así lo decida.

2) Estamos ante una novación modificativa: no hay aquí ficción alguna, el legislador no presume la voluntad del adherente ni es necesario recuperar un equilibrio de prestaciones quebrado. Falta, precisamente, el fundamento de las denominadas modificaciones unilaterales: el desequilibrio sobrevenido. En este caso hay voluntad libre del consumidor y por tanto las reglas de interpretación y, en su caso, de integración deberían ser las generales y no las estudiadas para las CGC. En realidad ni siquiera estaríamos ante una hipótesis de condición general de la contratación puesto que les falta a estas uno de los rasgos más típicos de aquellas cual es la imposición, puesto que en apariencia la hay, porque el profesional no discute su inclusión pero su requisito de validez consiste en que se consulte la voluntad del consumidor. No hay muchas ventajas en incluir una cláusula de este tipo, pero su estudio, como dijimos, resulta importante a los fines de detectar a las cláusulas que no reúnen estos requisitos. Y en estos casos, o sea, cuando no se cumplen los requisitos que las hacen válidas, este tipo de cláusulas sí revisten efectivamente el carácter de modificaciones unilaterales y de ahí nuestro interés en analizarlas.

XII.- LA MODIFICACIÓN Y LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*

12.1. Delimitación.

Lo primero que conviene hacer al abordar un tema de la magnitud del presente es delimitar los aspectos del mismo que serán tratados, ya que no resulta necesario ni procedente agotarlo (tarea, por lo demás, extremadamente difícil). Lo que se intentará en este parágrafo será abordar las similitudes que nos llevan a comparar la cláusula *rebus sic stantibus* con la modificación de contratos con CGC y posteriormente establecer las diferencias entre una y otra figura. Para establecerlas tomaremos en cuenta aquellos caracteres de una y otra (pero sobre todo de la *rebus*) que son aceptados por la mayor parte de la doctrina. No examinaremos la antigua discusión, a nuestro entender ya superada, sobre la aplicabilidad de la cláusula *rebus* en el Derecho en general y en el español en particular[273].

12.2. Semejanzas.

Podemos decir que entre ambos institutos existen las siguientes similitudes:

1) La necesidad de estar en presencia de un contrato de tracto sucesivo que aún no haya tenido cumplimiento total.

2) La alteración de las circunstancias tenidas en cuenta al momento de la celebración.

3) Esa alteración debe producirse por causas no imputables a los contratantes.

4) La alteración debe producir un desequilibrio en las prestaciones.

[273] En relación a este punto, y luego de una primera etapa de resistencia a la aplicación de la teoría de la cláusula *rebus*, tanto la jurisprudencia como la doctrina españolas en general han evolucionado hacia una posición de aceptación de la misma, si bien se han establecido una serie de requisitos o presupuestos como se expresa en el texto. Para un estudio más profundo de la cláusula *rebus sic stantibus* y de su aplicación en el Derecho español puede verse *"La alteración de las circunstancias contractuales",* de Luz María Martínez Velencoso, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pág. 73 y ss..

La primera semejanza -que en ambos casos se trate de un contrato de tracto sucesivo- tiene que ver con el fundamento que nutre tanto a la cláusula *rebus* como a la llamada modificación unilateral de contratos con CGC, y se encuentra estrechamente relacionada con la tercera semejanza. En efecto, el contrato que no reúne esa característica "…cuando se haya producido un cambio de circunstancias está cumplido, ultimado y ejecutado y por tanto no debe de volverse sobre el mismo…"[274].

Sin embargo, al tratar el ámbito de aplicación de la modificación unilateral y referirla a los contratos de tracto sucesivo haremos la salvedad de que también resulta aplicable a aquellos que, aún sin poder clasificarse estrictamente dentro de esta categoría, no se han ejecutado aún por diversos motivos, de los que el más común será posiblemente que se trate de un contrato de ejecución diferida. A primera vista esto podría aparecer como una diferencia entre la regulación de la llamada modificación unilateral y la aplicable a la cláusula *rebus*. No obstante, como lo hace notar expresamente Fernández Hierro, tanto cuando el contrato fuera de tracto sucesivo como cuando las prestaciones no se hubieran ejecutado (aún si no fuera de tracto sucesivo) resulta aplicable la teoría de la cláusula *rebus* "…ya que de lo que se trata es de que el contrato no se haya ejecutado y cumplido"[275]. El mismo argumento puede invocarse para los contratos con CGC que, no siendo de ejecución continuada, aún no se han cumplido.

La segunda semejanza está constituida por el presupuesto de hecho más importante de ambas figuras: la alteración de las circunstancias. En efecto, esta constituye la causa fuente y la razón de ser de la cláusula *rebus sic stantibus*, al punto

[274] Cfr. Fernández Hierro, J. M., "La Modificación del Contrato", pág. 76.

[275] Idem. El autor sostiene (op. cit., pág. 76-77) que de las sentencias del Tribunal Supremo [entre otras la S. 9-5-1983, (Ar. 1983, 2678)] "lo que se desprende es la necesidad de que el contrato sea o de ejecución diferida o de tracto sucesivo… no habría ningún inconveniente en aplicar ambas hipótesis." En sentido similar se expresa Albaladejo ("Derecho Civil", T. II, Vol. 1°) quien afirma que "basta que entre la celebración y el cumplimiento medie tiempo en el que sea posible una alteración de circunstancias." Sin embargo este último autor observa (op. cit., pág. cit., nota n°1) que la jurisprudencia suele sostener que la cláusula rebus se aplica a contratos de tracto sucesivo (STS de 9 de mayo de 1983, 23 de marzo de 1988, entre otras). También Martínez Velencoso (op. cit., pág. 89) entiende que la cláusula *rebus* es aplicable a los contratos de ejecución instantánea en los que se hubiera diferido su cumplimiento.
En el ámbito de la jurisprudencia el Tribunal Supremo denegó la aplicación de esta teoría en virtud de que el contrato ya había sido cumplido por ambas partes. En esa ocasión se fundamentó que <estando el contrato consumado, mediante la entrega de la cosa y el pago del precio, no puede intentarse, al amparo de la teoría de la presuposición o de la desaparición de la base del negocio, una modificación del mismo> (STS de 21 octubre de 1988, Repertorio de Jurisprudencia de Aranzadi 1988, 7595).

que algunos autores la incluyen como un presupuesto de aplicación de la teoría[276]. Esa alteración se encuentra también en la base de las modificaciones de contratos con CGC aunque, como se verá, existen diferencias de intensidad entre una y otra. Respecto de los contratos con consumidores también se requiere que la modificación del contrato sea precedida por una alteración de circunstancias que, si bien debe externa al mismo, lo afecta de forma sensible.

La tercera similitud entre estas figuras consiste en que la alteración de las circunstancias originales ha sido consecuencia de un hecho (o conjunto de hechos) ajenos a la voluntad de las partes. En otras palabras, el cambio se impone por sí, y ninguna de las partes ha influido en el curso de los acontecimientos para que este se produzca. Como afirma Fernández Hierro, si las circunstancias se modificaran en base a la actuación voluntaria de las partes, no podría pretenderse la aplicación de la teoría de la cláusula *rebus sic stantibus* "…ya que no sería equitativo, ni siquiera justo, que uno de los contratantes pueda argüir que la situación se ha modificado debido a su propia actuación y, en nuestro ordenamiento, tal pretensión chocaría frontalmente contra lo dispuesto en el art. 1256 del Código Civil que dispone que la validez y cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes"[277]. No tenemos dudas respecto a que igual conclusión puede extraerse para las modificaciones de contratos con CGC. Sostuvimos ya en las páginas precedentes la imposibilidad del profesional para llevar adelante la modificación fundada exclusivamente en su propia voluntad, so pena de nulidad. Ya no se trata en este caso de una construcción jurídica sino de una imposición legal.

Por último, podemos considerar como una nota que se encuentra en ambos institutos a la que exige para su aplicación que la alteración de circunstancias produzca un desequilibrio en las prestaciones. Esta nota envuelve el fundamento mismo de la teoría de la cláusula *rebus*: no hay aplicación de ella si no se prueba desequilibrio; nada habría para demandar si nada ha cambiado en la relación concreta aún cuando algunas circunstancias externas –pero inocuas al negocio- se hubieran modificado. No existe

[276] Así lo hace Fernández Hierro, quien trata el cambio de circunstancias objetivas en las primeras páginas de su trabajo ("La Modificación del Contrato", pág. 11) a modo de presupuesto de su ulterior investigación. Se trataría también de la causa de su origen histórico como puede verse en De Castro y Bravo (op. cit., pág. 314-15).
[277] *Op. cit., pág. 71.*

duda de la necesidad de este extremo respecto de la aplicación de la cláusula *rebus*, y tampoco la tenemos nosotros en relación a su necesidad en la modificación de contratos con CGC. Si no existe desequilibrio no hay necesidad de modificar ya que la modificación es un remedio para la desproporción provocada por la alteración de determinadas circunstancias, y si no hay enfermedad no hay necesidad de medicina.

12.3. Diferencias.

Si las similitudes entre la cláusula *rebus* y la modificación de contratos con CGC nos permiten identificar una finalidad común en ambas figuras, veremos que las diferencias se asientan sobre todo en la intensidad de algunos de los extremos requeridos y en el mecanismo de aplicación utilizado en uno y otro caso.

1) Para la aplicación cláusula *rebus* la alteración de las circunstancias debe ser extraordinaria[278] y fuera de toda previsión, mientras que esos caracteres no se requieren en la modificación de contratos con CGC.

Como puede observarse, el hecho de que se requiera el carácter extraordinario en la alteración de circunstancias es simplemente una diferencia de intensidad ya que la alteración se exige en ambos casos. Pero, aunque sea la intensidad lo que diferencia a ambas figuras, esta nota no deja de ser importante porque en el caso de la *rebus* su ausencia puede determinar su inaplicabilidad. Entendemos que lo extraordinario está estrechamente relacionado con lo imprevisible del cambio para el caso de la *rebus*[279]y

[278] Ha entendido el Tribunal Supremo en sentencia del 29 de enero 1996 (Repertorio de Jurisprudencia de Aranzadi 1996, 737) que <no aparece demostrado ese cambio sustancial e importante en las circunstancias, que exige la jurisprudencia para la aplicación de la alegada cláusula revisora, pues ni la sustitución de dos actrices, ni el mayor costo en la producción, ni mucho menos el transcurso de un prolongado lapso de tiempo, han tenido justificación suficiente en el procedimiento; y todo lo que se ha alegado forma parte del inevitable y normal riesgo en los negocios>.

[279] Así se desprende de las obras que hemos consultado para este tema. Fernández Hierro, por ejemplo, no trata por separado el carácter extraordinario de la alteración, aunque parecería derivarse del detallado análisis que efectúa cuando analiza el requisito de imprevisibilidad *(op. cit., pág. 72 y ss*.). Puig Brutau *("Fundamentos de Derecho Civil",* T. II, Vol. 1, Bosch, Barcelona, 1988, pág. 375-76) por su parte, menciona ambos requisitos en un mismo apartado: "Dicha desaparición de la base del negocio ha de ser consecuencia de una alteración extraordinaria de las circunstancias, en relación con las existentes en el momento de celebrar el contrato, y que además hubiese sido imprevista e imprevisible." Lo mismo hace

ambos requisitos se suponen. "La imprevisibilidad –dice Albaladejo- equivale a imposibilidad de representarse razonablemente… el acontecimiento, como evento verificable entre la celebración y la ejecución del contrato"[280]; un acontecimiento extraordinario es, por definición, imprevisible. Estos rasgos no se exigen en la modificación de contratos con CGC, sino más bien todo lo contrario y ello se deduce sin mucha dificultad al observar que la llamada modificación unilateral se produce, entre otras cosas, sólo si el profesional ha previsto el cambio en el clausulado. La inclusión de una cláusula modificativa implica, necesariamente, que el profesional ha previsto la alteración y ello es posible porque se trata de cambios que no son extraordinarios sino más bien comunes.

2) Para la operatividad de la cláusula *rebus* el desequilibrio de prestaciones debe ser exorbitante, mientras que para la modificación no se exige esa magnitud en el desequilibrio. La jurisprudencia ha exigido en reiteradas oportunidades como requisito de aplicación de la cláusula *rebus* <una desproporción exorbitante fuera de todo cálculo entre las prestaciones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones> (STS de 23 abril de 1991, en Ar. 1991, 3023), también lo requirió en la STS de 27 de junio de 1984 (Ar. 1984, 3438) que exige como imprescindible la <desproporción exorbitante y fuera de todo cálculo entre las prestaciones convenidas>. Si bien en las llamadas modificaciones unilaterales resulta necesario que se hubiera producido un desequilibrio en las prestaciones que se adeudan las partes, no se requiere que éste sea de una magnitud exorbitante[281].

3) En la teoría de la cláusula *rebus* la parte afectada debe carecer de todo otro procedimiento para remediar el perjuicio que le supondría conservar el contrato en los términos originales. En la llamada modificación unilateral ese requisito tampoco es exigido. En el primer caso el requisito tiene sentido en la medida que la regla para los

Albaladejo (*op. cit., pág. 488*) al sostener que la alteración de circunstancias debe ser extraordinaria y estar fuera de toda previsión.

[280] Albaladejo, *op. cit.*

[281] Véase Álvarez Olalla, Pilar, Comentario a la Cláusula 2da. de la Disposición Adic. 1ra. Seis de la LCGC, en "Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación", pág. 858. En sentido similar puede verse en la misma obra el comentario de Cámara Águila, María del Pilar, pág. 974 y ss..

contratos clásicos es que son celebrados para ser cumplidos en sus términos originales (*pacta sunt servanda*) y el recurso a la vía judicial para perseguir su modificación es una solución de excepción. En la contratación en masa las exigencias del mercado por una parte y las características de los nuevos contratos han hecho que la alteración de los mismos, en algunos de sus aspectos, no pueda ser considerada como excepcional (es el caso, por ejemplo, de aquellos contratos cuyo precio varía mensualmente de acuerdo a la fluctuación de un índice).

4) La parte que pretende revisar el contrato basado en la cláusula *rebus sic stantibus* debe acudir a los tribunales de justicia. Para la modificación unilateral el legislador ha ideado un mecanismo más ágil y sencillo (¿?) que funciona a través de un clausulado predispuesto. Si las partes de un contrato clásico no han previsto contractualmente la modificación del mismo y el procedimiento a seguir para llevarla adelante no cabrá otra alternativa, en principio, que llevar la cuestión a los estrados judiciales para que sea un juez quien dirima la cuestión determinando si se encuentran cumplidos o no los requisitos que justifiquen la aplicación de la cláusula *rebus*. En materia de contratación en masa ese mecanismo significaría un extraordinario dispendio de recursos y, sobre todo, la ralentización de los mecanismos de comercialización, lo que a su vez atentaría contra los principios más fundamentales de la economía de mercado. El interés del profesional consiste en estos casos en lograr la mayor agilidad posible en el proceso comercial. La necesidad de acudir a un tribunal de justicia implicaría necesariamente dilatar la resolución sobre la validez o no de la modificación. Para superar ese inconveniente el legislador ha introducido un procedimiento[282] a través del cual se gana mayor celeridad para el profesional, pero se resigna seguridad para los consumidores. En efecto, la regulación de las modalidades, requisitos y límites que deben reunir las cláusulas que facultan la modificación no garantizan con certeza que los profesionales cumplan con ella.

5) Efectos: la aplicación de la teoría de la cláusula *rebus* puede derivar en dos efectos alternativos: *a)* la revisión del contrato o *b)* la conclusión y terminación del

[282] En realidad el legislador ha introducido límites a una práctica que ya era común entre los profesionales.

mismo. En la modificación el efecto debe ser, por definición, uno solo: la alteración que restablezca el equilibrio contractual; hay que aclarar que este efecto corresponde a los supuestos en los que las cláusulas modificativas son válidas, ya que en caso contrario el efecto es la nulidad de la misma.

En los denominados contratos clásicos la existencia de esos dos efectos alternativos (alteración o resolución) parece también relacionado con el hecho de que originariamente el contrato se celebra para ser cumplido en los términos establecidos y no se prevé su modificación, aunque en algunas ocasiones esta pueda tener lugar. Sostiene Fernández Hierro que aparece como más "…concorde con la validez y eficacia de que deben revestirse los contratos, así como con el principio de respeto a los actos propios optar como primera solución por la modificación del contrato y sólo cuando éste no pueda ser revisado habría que ir, como segunda alternativa, a su resolución[283].

En la modificación de los contratos en masa parece superfluo señalar que el único efecto posible es la propia modificación. La posible nulidad de la cláusula que contiene el mecanismo modificativo podría llevar a pensar otra cosa. Sin embargo adviértase que en esos casos se trata precisamente de la nulidad de la cláusula y no de la modificación. La nulidad es consecuencia de la incorrecta introducción de la facultad modificativa, lo que equivale a decir que en esos casos no hay modificación. La cláusula hace las veces de "portadora" del mecanismo modificador y no se identifica con éste. La modificación como tal, como figura de la que se ha valido el legislador, sólo puede producir ese efecto: modificar.

[283] Estos efectos alternativos se encuentran previstos legislativamente en la Ley 493 de la Compilación Foral Navarra y en el artículo 1467 del Códice Civile italiano. La primera norma expresa en su tercer párrafo: "Cuando se trate de obligaciones de largo plazo o tracto sucesivo, y durante el tiempo de cumplimiento se altere fundamental y gravemente el contenido económico de la obligación o la proporcionalidad entre las prestaciones, por haber sobrevenido circunstancias imprevistas que hagan extraordinariamente oneroso el cumplimiento para una de las partes, podrá ésta solicitar la revisión judicial para que se modifique la obligación en los términos de equidad o se declare su resolución."
La norma italiana por su parte dispone: "Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione diferita, se la prestazione di una delle parti è divenuta excesivamente onerosa peri l verificarsidi avvenimenti straordinari e imprevedibili, *la parte che debe tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto*, con gli effetti stabiliti dall´articolo 1458.- La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell´alea normale del contratto.- La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di *modificare equamente le condizioni del contratto*." (el destacado es nuestro).

XIII.- FORMA DE LA MODIFICACIÓN EN CONTRATOS CON CONDICIONES GENERALES.

Parece fuera de toda discusión que la modificación que el profesional llevará a cabo una vez que se han cumplido los requisitos exigidos por la ley debe ser conocida previamente por el adherente. O, dicho en otros términos, el consumidor tiene derecho a conocer la modificación y el contenido de la misma con anterioridad a su efectivización. Esta exigencia tiene, probablemente, una doble fundamentación: en primer lugar porque la alteración tendrá como efecto inmediato -cualquiera sea el aspecto modificado- un cambio en el régimen jurídico que gobernará el contrato hacia el futuro y, en segundo lugar, porque en muchos casos la ley le confiere al consumidor el derecho a resolver el contrato si no está de acuerdo con la modificación o, en el caso de las cláusulas 23 y 24 a aceptar o rechazar las prestaciones accesorias, y para hacer uso de esos derechos es evidente que debe conocer el contenido de la modificación.

13.1. La forma utilizada en el contrato originario, las necesidades económicas y el respeto a los derechos del consumidor.

En primer lugar debemos destacar, aunque pueda resultar redundante, que la pregunta acerca de qué forma debe utilizarse para llevar a cabo la modificación de un contrato con CGC sólo tiene sentido en aquellos casos en los que la cláusula que faculta la alteración es válida. Esto se advierte con facilidad cuando se observa que en los casos de nulidad de la cláusula no hay modificación alguna y, por lo tanto, no hay necesidad de preguntarse cómo se modifica.

Una segunda advertencia a tener en cuenta en el desarrollo de este parágrafo consiste en advertir que las distintas modalidades que adopte la forma que se utilice para modificar el contenido del contrato deberá tener por fin principal el efectivo conocimiento por parte del consumidor de la alteración que se producirá o, si fuera el caso, por lo menos garantizar la efectiva posibilidad de que ese conocimiento tenga lugar.

Sostiene González Pacanowska que las modificaciones introducidas con posterioridad a la celebración del contrato "deben estimarse como un supuesto de novación (extintiva o mera modificación) que exige el consentimiento de la otra parte…" y por ello, en principio, "el asentimiento a dicha modificación del contenido contractual ha de producirse del modo que dispone el artículo 5.1…"[284] (el destacado es nuestro). A su vez, de lo establecido por ese precepto e interpretando *mutatis mutandi* su contenido, se concluiría que el profesional debería: 1) hacer una *referencia expresa* a la modificación, lo que debería entenderse como una *información expresa acerca de su existencia*, 2) *facilitar un ejemplar* con la explicitación de los aspectos a ser modificados, lo que debería realizarse *antes* de la efectiva modificación. Además de ello el adherente debería *aceptar* la modificación para que ésta pudiera entrar en vigor[285].

Como podrá observarse la autora expone su posición partiendo de un supuesto que nosotros hemos considerado erróneo, ya que sostiene que todas las modificaciones que intente introducir el profesional deben considerarse como novaciones (aún cuando ésta fuere meramente modificativa) y según hemos visto esa afirmación, en principio, no es acertada. Sin embargo, creemos que las conclusiones a las que arriba la autora son válidas para los supuestos contemplados por las cláusulas 23 y 24 del art. 10 bis de la LGDCU a las que hemos considerado como supuestos de novación modificativa en

[284] Gonzalez Pacanowska, Isabel, en su Comentario al artículo 5 de la LCGC, en *"Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación",* antes citada, pág. 158.
A efectos de facilitar la comprensión de lo que se dice en el texto, se transcribe a continuación el texto del artículo 5 de la LCGC: *"Requisitos de incorporación: 1. Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes. Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas.*
No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas.
2. Cuando el contrato no debe formalizarse por escrito y el predisponente entregue un resguardo justificativo de la contraprestación recibida, bastará con que el predisponente anuncie las condiciones generales en un lugar visible dentro del lugar en el que se celebra el negocio, que las inserte en la documentación del contrato que acompaña su celebración; o que, de cualquier otra forma, garantice al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración.
3. En los casos de contratación telefónica o electrónica será necesario que conste en los términos que reglamentariamente se establezcan la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional. En este supuesto, se enviará inmediatamente al consumidor justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán todos los términos de la misma.
4. La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez."
[285] Gonzalez Pacanowska, I., *op. cit.,* pág. 153 y ss..

atención a que el adherente debe prestar su consentimiento para que las modificaciones sean válidas[286].

¿Pero qué ocurre en los demás casos?

A primera vista lo más adecuado sería efectuar una aplicación analógica de las disposiciones del art. 5 de la LCGC. Aceptada esa posibilidad deberíamos distinguir los tres supuestos que prevé esa norma:

a) la regla general, que dispone que para los contratos que se celebren por escrito el profesional debe informar al adherente y facilitarle un ejemplar –por escrito, se entiende– de la modificación, en este caso;

b) para los contratos que no se celebren por escrito el predisponente cumpliría con su deber de información, conforme se desprende del punto 2 del art. 5:

- cuando anuncie la modificación en un lugar visible dentro del lugar en el que se celebró el negocio o

- si notifica por escrito

c) para los contratos celebrados vía telefónica o electrónica se desprende de los términos del tercer párrafo del art. 5 LCGC que el profesional debería remitir una justificación escrita. En estos supuestos sólo la *celebración* puede efectuarse sin comprobante escrito e incluso en ese caso se exige el *inmediato envío de justificación escrita* donde consten todos los términos de lo contratado.

Cabe decir que la primera posibilidad ofrecida para los contratos que no se celebran por escrito –es decir, que se anuncie en lugar visible (art. 5.2)- no garantiza, para el caso de modificación, la *efectiva posibilidad del adherente de conocer la existencia y contenido* de la misma como lo exige la propia norma. Ello es aplicable para la celebración, momento en el cual el adherente está presente en el lugar de adquisición del bien o servicio; pero su presencia en ese lugar no se requiere en absoluto en el

[286] A supuestos como estos creemos que son aplicables las afirmaciones de Alfaro *("Las condiciones…,* pág. 221) cuando señala que podría darse un supuesto de <novación modificativa del contrato> *si tal variación está prevista en las propias CGC* y además el consumidor presta su *adhesión.* Sobre estas afirmaciones consideramos necesario efectuar algunas apreciaciones. En primer término, cuando estamos frente a una verdadera novación –en este caso modificativa- debe concurrir necesariamente un acuerdo de voluntades (consentimiento). Esa declaración de voluntad por parte del consumidor no puede estar contenida en el acto de adhesión según hemos visto, ya que el contenido de ésta es más limitado. De ahí que, si estamos ante una novación –como es el caso-, lo correcto sería hablar de acuerdo o consentimiento prestado por el consumidor, y no de adhesión.

momento de la modificación con lo que la intención de la ley se vería frustrada. Para estos casos, entonces, también sería necesaria una notificación por escrito o *cualquier otra forma que garantice al adherente una posibilidad efectiva de conocer la existencia y contenido* de la modificación.

De lo dicho podemos concluir que en cualquier caso el profesional debería comunicar por escrito al consumidor de la modificación, más allá de la forma a través de la cual se hubiera celebrado el contrato original. A igual conclusión, aunque por un camino diferente[287], parece arribar González Pacanowska quien observa que en ningún caso parece posible "eludir la necesidad de *facilitar un ejemplar* de las CGC con la modificación introducida"[288].

13.2. Alternativas. Una propuesta.

Contra la conclusión a la que hemos arribado *supra* podría decirse que pretender que el profesional informe a cada uno de sus clientes de la modificación a realizar sería ir en contra de una de las funciones más importantes de las CGC, y que ya hemos destacado aquí, como lo es la mayor agilidad que estas proveen a quien las utiliza. Sin embargo, creemos que existen procedimientos en los que pueden integrarse sin ninguna dificultad la agilidad en los negocios por un lado y el resguardo a los derechos de los clientes por otro.

Es cierto que si se exigiera al profesional que destinara una comunicación escrita a cada uno de sus clientes en la que se notificara exclusivamente la futura modificación ello implicaría no sólo un gasto considerable sino también una inversión de tiempo. Sin

[287] En efecto González Pacanowska "clasifica" las modificaciones según que estas requieran nuevo convenio (novación) o no lo requieran (si se efectúa a través de una cláusula). Como ya hemos advertido, y con la sola excepción de las cláusulas 23 y 24, la regla para las modificaciones de contratos con CGC no es la novación sino la llamada "modificación unilateral" ya que no se requiere del consentimiento –en el sentido clásico- del adherente, sino del cumplimiento de los requisitos que la ley ha establecido. Si bien en el texto citado la autora se refiere a los "contratos que se documentan por escrito" creemos que tal afirmación puede extenderse a todos los supuestos.

[288] A similar conclusión parece llegar Sainz-Cantero Caparrós, Ma. B., ("La forma en la modificación y extinción convencional de relaciones obligatorias", *AC, N°22, mayo-junio, 1997-2*) al sostener que "…el principio referido al paralelismo de formas entre negocios de primer y segundo grado no explica por sí solo la función que dichas formalidades deben cumplir en los negocios de segundo grado y por tanto en los contratos de modificación o extinción de una relación obligatoria."

embargo, debe advertirse que todo profesional se "comunica" con sus clientes generalmente una vez por mes[289] a través de las facturas que les envía para que éstos efectúen el pago de los bienes o servicios recibidos. No vemos ningún inconveniente para que esas mismas comunicaciones sean aprovechadas para notificar el cambio que se pretende efectuar. Con ese mecanismo se evita cursar una comunicación que trate exclusivamente de la modificación, con lo que se ahorraría dinero y tiempo por una parte y se garantizaría el derecho del cliente a conocer esa alteración y sus términos.

El profesional podría optar por incluir el texto que explicitara la modificación y sus términos en la propia factura o en un escrito separado en la misma correspondencia (a efectos de evitar mayores gastos). En cualquier caso, la noticia de la modificación debería destacarse suficientemente de manera que se cumpla con los requisitos de transparencia, concreción, claridad y sencillez que impone la ley (cfr. art. 5.4 LCGC). Para ello podría acudirse a leyendas como "Aviso Importante", "Advertencia de Modificación", etc., que también deberían destacarse suficientemente.

En los pocos casos –aunque no por ello menos importantes- en los que no es usual que la empresa envíe facturas al usuario, como por ejemplo en la telefonía móvil cuando el cliente opta por la modalidad de "prepago" o "tarjetas", podría acudirse a los mensajes de texto o SMS. Y ello seguiría siendo coherente con nuestras conclusiones puesto que, si bien comúnmente se celebran por escrito y por tanto caerían bajo la órbita del art. 5.1 (y el profesional debe *facilitar* en ese acto un ejemplar del texto de las CGC), entendemos que para el caso de ulteriores modificaciones los mensajes de texto SMS (que incluso podrían ser enviados por lo menos dos veces y también con un título llamativo) garantizan razonablemente al adherente la *posibilidad efectiva* de conocer la existencia de la modificación y sus términos conforme lo exige el punto 2 in fine del art. 5 de la LCGC.

Incluso en los supuestos en que se ofrecieran nuevos servicios complementarios o accesorios a la telefonía móvil (y ello produjera técnicamente una novación) entendemos que resultaría exagerado exigir en estos casos una comunicación escrita, y la aceptación del cliente podría derivarse tácitamente del uso de ellos. Esa conclusión

[289] Téngase en cuenta que es principalmente en los contratos de tracto sucesivo en los que se pueden producir las modificaciones.

podría deducirse siempre que se hubiera advertido debidamente a los clientes para lo cual debería recurrirse también a la publicidad masiva (televisión, periódicos, etc.) donde se expliciten detalladamente los nuevos bienes o servicios ofrecidos, las modalidades de aceptación, sus costos, etc. y la posibilidad del cliente de rechazarlos y continuar con su actual contrato.

Pese a que, como hemos visto, la notificación individual puede provocar algún contratiempo, el artículo 8 de la Ley 7/1995 de 23 de marzo sobre Crédito al Consumo dispone respecto de la modificación del coste total del crédito que <salvo cuando las partes hayan convenido la utilización de un tipo de referencia publicado oficialmente por resolución del Ministerio de Economía y Hacienda o del Banco de España, las modificaciones en el coste total del crédito *deberán ser notificadas por el prestamista al prestatario de forma individualizada*. Esa notificación, que deberá efectuarse dentro del plazo máximo que reglamentariamente se fije, incluirá el cómputo detallado –según el procedimiento de cálculo acordado- que da lugar a esa modificación, e indicará el procedimiento que el prestatario podrá utilizar para reclamar ante el prestamista en caso de que discrepe del cálculo efectuado>. La Sentencia del 14 de enero de 1999 del Juzgado de primera instancia n°6 de Palma de Mallorca, tuvo en cuenta este extremo al considerar, en un contrato bancario, que la cláusula que se cuestionaba desconocía la exigencia de comunicación con antelación razonable a su aplicación, de la modificación pretendida. Por antelación razonable debe entenderse aquélla que permita al consumidor reaccionar en defensa de sus derechos ante el anuncio de modificación del coste del crédito en su perjuicio[290].

[290] Cfr. Prats Albentosa, Lorenzo, *"Préstamo de consumo y crédito al consumo",* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, pág.128.

XIV.- MODIFICACIÓN SIN PREVISIÓN *AB INITIO*

En las páginas anteriores hemos analizado los presupuestos fácticos y el sistema de normas que regulan a las modificaciones de contratos con CGC en los que aquella alteración se encuentra prevista, precisamente, en una de las cláusulas del condicionado general. En esas cláusulas el profesional debe describir con precisión, claridad, sencillez, etc., los acontecimientos futuros que pueden provocar una modificación del contrato. Como destaca Álvarez Olalla "no se trata sólo de que el profesional sólo se pueda *reservar la facultad de* introducir modificaciones si se señala el motivo, y éste es válido, sino que, de hecho, el profesional no podrá *introducir modificaciones* si no se reservó tal facultad, especificando el motivo válido en el contrato realizado con el consumidor, si éste fue previsible". Destaca la autora que ese requisito tiene una doble fundamentación: por una parte, el legislador ha pretendido prohibir el arbitrio contractual "sin causa justificada"; pero por otro lado también se pretende conminar al profesional, que realiza habitualmente operaciones similares, a informar al consumidor sobre las alteraciones que se pueden producir durante la vigencia del contrato y sus repercusiones en el mismo, en la medida en que, por su frecuencia, son previsibles[291]. Como puede verse entonces, esa previsión actúa a un mismo tiempo como presupuesto y desencadenante de la modificación, al punto que, si aquélla no se hubiera incluido, la modificación no podría tener lugar, o por lo menos no a través de los mecanismos establecidos por la LCGC. Es precisamente este supuesto, en el que el profesional pretende introducir modificaciones a pesar de no estar previstas en el contrato (aunque pudieron estarlo), el que abordaremos a continuación.

14.1. Causas de la imprevisión.

Creemos que el tipo de causa que hubiera determinado la falta de previsión de la modificación en el texto del clausulado general es lo suficientemente relevante como para concluir que merecen soluciones diferentes.

[291] Álvarez Olalla, *op. cit., pág. 859-60.*

En efecto, las causas de la falta de previsión de una cláusula que habilite la modificación pueden ser dos: 1) por negligencia del profesional y 2) porque el acontecimiento que hace necesaria la alteración resultaba *ab initio* imprevisible.

1) En el primer caso el profesional omite incorporar en el clausulado general una reserva para introducir modificaciones si se producen determinados acontecimientos (motivos válidos) pese a que éstos eran previsibles. En estos casos se nos plantea una disyuntiva: los motivos válidos que legitiman la modificación existen, con lo cual impedirle al profesional modificar el contrato podría parecer a primera vista como demasiado castigo. Pero por otra parte debe tenerse en cuenta también que si se permitiera graciosamente al profesional llevar adelante la alteración *como si* la hubiera previsto e incorporado al texto original del clausulado como era su deber, entonces las disposiciones y requisitos legales no tendrían ningún sentido ni razón de ser; si las consecuencias fueran las mismas para uno y otro caso, nada incentivaría a los predisponentes a brindar una adecuada información a sus clientes[292].

Entendemos que en estos casos existen dos posibilidades: a) que el profesional ofrezca al cliente mantener la provisión de bienes o servicios con la modificación y el cliente acepte, en cuyo caso nada más quedaría por decir ya que la voluntad del cliente debe ser respetada en la medida en que hubiera sido verdaderamente libre. En este caso nos encontraríamos ante una verdadera novación modificativa en los términos antes expuestos pues la intervención de la voluntad del consumidor a través de su consentimiento convierte en eso al negocio modificativo; b) que el cliente no acepte la modificación que pretende introducir el profesional. En este segundo caso el profesional podría optar por resolver el contrato o por instar una modificación a través de la vía judicial.

14.2. Facultad resolutoria.

Pese a que se trata de una de las posibilidades de que dispone el profesional, debe señalarse, sin embargo, que esa facultad no le está concedida en cualquier caso sino que

[292] Álvarez Olalla, *op. cit., pág. 859-60.*

habrá que tenerse en cuenta si estamos en presencia de un contrato por tiempo determinado o indeterminado. Para la primera hipótesis (contrato por tiempo determinado) entendemos que el profesional no puede, en principio, hacer uso de la facultad de resolver el contrato y sólo podrá optar por cumplir el contrato asumiendo los nuevos costos o incumplir el mismo con el consiguiente pago de los daños y perjuicios que pudieran ocasionarse al consumidor, salvo que a éste se le hubiera reconocido la misma facultad ya que en este caso se cumple el otro requisito exigido por la ley para poder resolver válidamente: que exista un motivo válido (arg. ex Cláusula 2da. 1er. párrafo[293]).

Para el caso de contratos por tiempo indeterminado no se exige la existencia de motivo válido[294] y además esta facultad se considera implícita en este tipo de negocios[295] por lo que en esos casos no habría inconveniente para que el profesional desistiera de la relación sin indemnización alguna, siempre que el profesional cumpla con los dos extremos que prevé la ley para otorgar validez a este tipo de resoluciones: que se de un preaviso con una antelación razonable[296] y que la resolución no se ejercite en un plazo demasiado breve[297]. Sin embargo, estos dos requisitos no son exigidos por la ley en dos supuestos: a) cuando se produce un incumplimiento por parte del consumidor; en ese caso el profesional puede hacer uso de la facultad resolutoria aún cuando hubiera transcurrido un breve lapso de tiempo desde la celebración del

[293] La Cláusula 2da. de la Disposición Adicional Sexta considera válida a la estipulación que otorga la posibilidad de resolver anticipadamente un contrato con plazo determinado si la misma facultad le es reconocida al consumidor.

[294] Es la postura de la mayor parte de las sentencias del Tribunal Supremo respecto de este tema (así por ejemplo, SSTS 21 de octubre 1996, 14 de febrero 1973, 25 de enero 1996, 6 de marzo 1978, 21 de abril 1979, 11 de febrero 1984, 22 de marzo 1988, 27 de febrero 1989, 21 de diciembre 1992, 27 de mayo 1993 y 9 de octubre 1997).

[295] Así lo hace notar Santiago Espiau Espiau ("La resolución unilateral del contrato: estudio jurisprudencial", *Aranzadi Civil, 1998 I, pág. 121*) quien señala que el Tribunal Supremo admite el desistimiento unilateral en los contratos de duración indefinida por considerar implícita en los mismos esa facultad ya que la vinculación perpetua de los contratantes "iría en contra de la Ley y de la naturaleza de los actos humanos" (STS 17 de diciembre 1973) y constituiría "una limitación a la libertad que debe presidir la contratación" (STS 19 de diciembre 1985).

[296] Así lo ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo en sentencia de 31 de diciembre de 1997 donde se reitera que "en los casos en que no se atiende y se prescinde del deber obligacional asumido de <preavisar>, esta Sala de Casación Civil ha declarado que la denuncia unilateral del contrato no excluye en modo alguno las consecuencias indemnizatorias derivadas de tal incumplimiento (sentencias de 27 de mayo de 1993, 18 de diciembre de 1995, 25 de enero de 1996 y 19 de febrero de 1997)…", (CCJC, n° 47, abril-agosto 1998, pág. 629 y ss.).

[297] La brevedad del plazo estará determinada por la proximidad temporal respecto al momento en que el contrato se ha celebrado (cfr. Álvares Olalla, P*., op. cit., pág. 887*).

contrato[298]; o b) cuando sobrevengan motivos graves que alteren las circunstancias que motivaron la celebración del mismo (cfr. Disp. Adic. Sexta, Cl. 2da., 1er. párrafo). Nótese que en este segundo caso el legislador ha utilizado la locución *motivos graves*, con lo que ya no será suficiente que puedan considerarse como *objetivos,* sino que, además, deben revestir una intensidad tal que tengan la virtualidad de alterar las circunstancias que *motivaron* la celebración del contrato. Sobre el particular advierte Álvarez Olalla que el supuesto previsto por la ley quizás encuentre una mejor ubicación dentro de la exoneración de cumplimiento de la obligación por parte del deudor debido al caso fortuito o la fuerza mayor y no en la resolución[299].

14.3. Modificación por vía judicial

Si el profesional considerara conveniente continuar con la relación contractual modificando la estructura del negocio pese a la negativa del adherente, podría, desde un punto de vista puramente hipotético, instar esa modificación a través de una acción en la que se invoque la alteración de las circunstancias contractuales. Eso nos llevaría nuevamente a utilizar el mecanismo de la cláusula *rebus sic stantibus* y, *brevitatis causa*, nos remitimos a lo dicho en el apartado correspondiente. Adviértase sin embargo que hablamos de un supuesto puramente hipotético ya que en estos casos la vía judicial encarecería el negocio del empresario y, por otro lado, al tratarse de contratos por tiempo indefinido, el adherente podría en cualquier momento ejercer su propio derecho a resolverlo[300].

---

[298] La disposición, contenida expresamente por el párrafo primero de la Cláusula 2da. Disp. Adic. Sexta, roza lo redundante y fue introducida por la Enmienda n° 102 del Grupo Catalán, con el fin de que no quedara ninguna duda respecto de la facultad del profesional para resolver el contrato ante un incumplimiento aún cuando hubiera transcurrido un breve plazo.

[299] Cfr. Álvarez Olalla, P., *op. cit., pág. 887.* Una opinión diversa es sostenida por, Martínez Velencoso *("La alteración de las circunstancias contractuales",* Thomson Civitas, Madrid, 2003, pág. 75), quien entiende que la Cláusula 2da., al permitir la resolución del contrato, <constituye una manifestación concreta de la cláusula *rebus sic stantibus*>. Por nuestra parte coincidimos con la opinión de Álvarez Olalla pues, como hemos señalado antes, la resolución es sólo uno de los dos efectos que puede producir la aplicación de la cláusula *rebus*, ya que también puede provocar la modificación del contrato (*Vid*. Fernández Hierro, J. M., *"La modificación del contrato",* pág. 77).

[300] La SAP Asturias de 14 de noviembre de 2002 asimila a los contratos por tiempo indefinidos a aquellos que tienen una extensión temporal amplia. En esos casos, sostiene, no puede privarse a una de las partes del contrato del derecho potestativo de desistimiento pues ello supone un desequilibrio en las prestaciones de las partes (AC marzo 2003, 1928).

XV.- CONCLUSIONES

I.- Las condiciones generales de la contratación han demostrado ser de una gran utilidad en la simplificación y uniformidad de los instrumentos jurídicos utilizados en el comercio masivo, lo que ha permitido, a su vez, un gigantesco desarrollo de éste. Sin embargo, también es cierto que del otro lado se ha dejado a un "contratante" disminuido en sus libertades de conclusión y de configuración del contrato. Ese nuevo desequilibrio, entre quienes imponen las condiciones bajo las cuales se contrata y los que sólo tienen la posibilidad de aceptarlas o rechazarlas, se hace también visible en las denominadas cláusulas de modificación unilateral, por lo que el Estado debe intervenir como garante de la Justicia.

II.- Las reglas *signing is binding* ("el que firma se obliga") y *parole evidence rule* ("lo escrito es la regla"), que han tenido plena aplicación y vigencia en las relaciones de derecho privado, no tienen, respecto de los denominados contratos de adhesión, la validez que poseen en los demás contratos. Ello se debe a que la firma que estampa el adherente al pie del clausulado que le presenta el predisponente no tiene la misma fuerza vinculante que la estampada en un contrato de los clásicos.

III.- El contrato de consumo estará constituido por las prestaciones esenciales pactadas, los demás extremos específicamente acordados y por los contenidos que verosímilmente las partes entendieron como incluidos, interpretados conforme a la buena fe.

IV.- Si bien es cierto que las cláusulas modificativas agilizan y dinamizan el proceso económico en su fase de comercialización, también lo es que al igual que el resto de las condiciones generales llevan implícita también la nota negativa de desequilibrar la relación entre empresa y consumidor. Este peligro, muchas veces consumado, ha sido el desencadenante de la intervención estatal en este tema. Rescatar el equilibrio que muchas veces se pierde como forma de defensa de quienes se encuentra en una

posición débil y, a la vez, conservar las ventajas del uso de este tipo de cláusulas es el desafío que se presenta tanto al juzgador como al investigador.

V.- Existirá una mera modificación en el contenido del negocio –o novación modificativa- cuando la voluntad de novar no sea terminante en ese sentido o, siéndolo, la naturaleza de las cosas imponga que se ha tratado de una modificación o si la nueva obligación es de todo punto incompatible con la antigua.

VI.- Tanto en la novación objetiva como en la novación modificativa el consentimiento de ambas partes es un requisito que no puede faltar, mientras que en la llamada modificación unilateral la declaración de voluntad o acuerdo del adherente en ese sentido, no aparece.

VII.- Si la modificación de un contrato jurídicamente perfecto mediante el acuerdo de ambas partes ha sido resistido, o por lo menos dejado prácticamente de lado durante mucho tiempo, la posibilidad de alterar su contenido mediante el concurso de la voluntad de una sola de las partes contratantes debería aparecer ante los ojos de la doctrina contractualista como un gran desacierto jurídico, puesto que el contrato forma para las partes una regla a la que deben ajustarse como a la ley misma (pacta sunt servanda).

VIII.- La modificación de los contratos sólo puede presentarse en aquellos en que su cumplimiento es de tracto sucesivo o que, aún siendo de ejecución instantánea, esta se difiera a un momento posterior a la celebración

IX.- La denominación de “modificación unilateral” no responde en puridad a lo que verdaderamente acontece en el terreno de los hechos ya que la mera voluntad del predisponente no basta para llevar a cabo la modificación del contrato, sino que la ley exige el cumplimiento de determinados requisitos para validarla. Esos requisitos están constituidos por acontecimientos que son del todo extraños a la voluntad del

profesional y por tanto mal puede decirse que la modificación tiene como única causa a aquélla.

X.- La locución "modificación unilateral de contratos" contiene en sí misma una contradicción de términos ya que por un lado la voz "contrato" implica un *acuerdo de voluntades* (más de una necesariamente), mientras que "modificación unilateral" nos da la clara idea de que no hace falta nada más que la voluntad de una de las partes –en este caso el predisponente- para alterar el contrato. La aparente antinomia puede zanjarse de la siguiente manera: en primer término, la locución "modificación unilateral de contratos" sólo es jurídicamente correcta cuando ella se utiliza en el ámbito de la invalidez y se refiere a cláusulas que, por haber previsto una alteración con base únicamente en la voluntad del predisponente, son *abusivas* y por tanto *nulas*. En el ámbito de la validez, en cambio, cuando la modificación tiene lugar esta no se produce "unilateralmente" sino que requiere la concurrencia de otros elementos, y es por esto que el uso de esa terminología es incorrecto.

XI.- No es la autonomía de la voluntad la que en este caso da nacimiento y justificación a la validez de cláusulas de modificación unilateral y por tanto no puede tener lugar el necesario consentimiento para la configuración de un contrato. Es evidente, además, que no se trata tampoco de un cuasi contrato, ni de un delito o un cuasi delito; concluiremos entonces que la fuente de esta nueva obligación, resultado de la modificación de una anterior, encuentra su fuente en la ley.

XII.- El fundamento de la prohibición de incluir cláusulas que permitan la modificación unilateral de los contratos, puede encontrarse en la denominada "interdicción de la arbitrariedad" en los contratos, principio que en el Derecho español se encuentra contenido por el art. 1256 del Código Civil, que dispone que "la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes". La terminante prohibición contenida en el artículo 1256 del C.C. se fundamenta por un lado en la fuerza obligatoria del contrato y por el otro en la esencial igualdad de los contratantes, lo que impide que sólo uno de ellos quede sujeto al

convenio y el otro libre de él, con lo cual en rigor sólo habría una voluntad expresada, un sujeto sometido y faltaría verdadero consentimiento. Se trata de una norma de carácter imperativo.

XIII.- Para que la cláusula de modificación sea válida no sólo es necesario que la alteración se funde en motivos válidos, sino que además es preciso que esos motivos *consten en el contrato* que se ha celebrado. Ello implica por un lado que debe haberse producido un cambio en las circunstancias originales, que esa alteración sobreviniente sea ajena a la voluntad del predisponente y que la modificación propuesta tenga la virtualidad de conservar el equilibrio de prestaciones, y por otro, que el profesional no podrá *introducir modificaciones* si no se reservó tal facultad de manera expresa en el contrato realizado con el consumidor.

XIV.- El incremento del precio por parte del profesional mientras se encuentra en curso el cumplimiento de un contrato, constituye en la práctica cotidiana el supuesto más común de modificación unilateral, sea que esa facultad esté contemplada por una cláusula predispuesta o que se lleve a cabo *de facto*.

XV.- Sólo los costes "externos" –es decir, aquellos en cuya modificación no cabe ninguna duda que el empresario no intervino ni directa ni indirectamente- pueden tener la virtualidad de desencadenar una modificación válida del precio original, y en la determinación del tipo de coste frente al que estamos deberá adoptarse un criterio muy restrictivo. Deberá también tenerse en cuenta la influencia de cada coste en el precio final del producto o servicio, y sólo aquellos aumentos que no pudieron ser previstos –e incluidos en el precio original- podrían alegarse para realizar la modificación.

XVI.- En el caso de que concurran razones objetivas que habiliten al profesional a aumentar el precio final sobre el convenido, resulta necesario que esas razones hayan sido previstas o especificadas en el texto de las condiciones generales. Sostenemos nuestra posición en los siguientes argumentos: 1) la regla 2da. de la Disposición Adicional Seis debe ser considerada como un principio o regla general en materia de

modificación de contratos con consumidores; 2) una redacción que no especificara las razones por las cuales se produciría una modificación no cubriría los criterios de *transparencia, claridad, concreción y sencillez* a los que se refiere el artículo 5.4 de la LCGC sobre requisitos de incorporación; 3) la previsión expresa que sí realiza la Ley de Viajes Combinados ya referida: el artículo 7 de esa norma exige, para que la revisión del precio sea válida, que se haya efectuado una previsión expresa en el contrato de esa posibilidad.

XVII.- En aquellos contratos en los que es usual y posible incorporar una cláusula de indexación, el índice al que se supedite la modificación del precio debe ser compatible con el tipo contractual en el que se inserta. La calificación de "legal" de los índices que pueden ser utilizados por el predisponente en estos casos debe entenderse en sentido estricto. El legislador ha querido limitar la validez de la indexación a los casos en los que la intervención estatal en la fijación del índice garantice la equidad y razonabilidad de la modificación. Por otra parte no bastará que el profesional se valga de un índice que pueda ser considerado como legal, sino que además deberá describir de forma clara y precisa el modo en que ese índice influirá sobre el precio que se ha fijado (arg. Art. 5.4 LCGC).

XVIII.- Las cláusulas 23 y 24 no se refirieren a contratos ligados, sino que están dirigidas a regular una clase específica de las llamadas "modificaciones unilaterales" por parte del predisponente. Nuestros argumentos para llegar a esa conclusión son los siguientes: 1) para que las normas trataran contratos ligados sería necesario que, como lo proponen quienes así lo entienden, las mismas se refirieran al momento de la oferta que efectúa el profesional y no al tiempo en que el contrato –ya perfecto- está siendo cumplido; 2) tanto la cláusula 23 como la 24 se encuentran insertas en un sistema normativo que tiene por objeto *regular cláusulas o estipulaciones que ya han sido incorporadas en un contrato*. Es decir que, para que sus previsiones cobren virtualidad y adquieran operatividad, es necesario que estemos frente a un contrato ya celebrado o, cuando menos, que exista un clausulado al que atacar.

XIX.- En el caso de las cláusulas 23 y 24, el hecho de que sólo se puede aumentar el precio válidamente si se *ofrecen prestaciones adicionales* evidencia que la norma tiene por fin proteger la denominada libertad de conclusión, es decir, aquélla que el consumidor ostenta para contratar o no contratar, que de otra forma se vería vulnerada al no tener alternativa ante la imposición del profesional de nuevas prestaciones principales que no ha solicitado y que deben ser objeto de una nueva manifestación de voluntad. Estamos ante una nueva *oferta,* que debe realizarse con claridad y separación, y su perfeccionamiento como contrato depende de la *aceptación* del consumidor.

XX.- El texto del penúltimo párrafo de la Disp. Adicional Seis excluye la aplicación de las normas 2da. y 7ma. en los contratos relativos a valores o servicios financieros, sólo respecto de las cláusulas de modificación del precio, puesto que éstas se encuentran sujetas a índices legales, lo que evitará que se produzcan abusos por parte del profesional. Como contrapartida, no excluyen la aplicación de aquellas normas a otro tipo de modificaciones unilaterales.

XXI.- La inobservancia de los requisitos establecidos por la ley para considerar válidas a los distintos tipos de cláusulas modificativas acarrea la nulidad de las mismas.

XXII.- En los casos de cláusulas de modificación unilateral inválidas no es necesaria una regulación sustitutiva de la cláusula declarada nula. Ello puede deberse a dos causas: 1) la primera deviene del hecho de que la cláusula en cuestión pueda ser considerada como *sorprendente*. Se trataría del caso en que la estipulación nula hubiera facultado la modificación de la *prestación principal*. En ese supuesto basta con la eliminación de la cláusula sin que exista vacío ni, por tanto, necesidad de cubrirlo; el contrato sigue su curso sin necesidad de agregado alguno; 2) la segunda causa por la que no sería preciso reemplazar la cláusula nula con una regulación sustitutiva se daría en el caso de que la estipulación contrariara un principio general de derecho contractual que rigiera aún para los acuerdos con condiciones generales. Es el supuesto del principio *pacta sunt servanda,* que se encuentra reforzado por la prohibición de dejar al arbitrio de una de las partes el cumplimiento o la ejecución de los contratos (art. 1256 CC).

XXIII.- Para el caso específico de las cláusulas 7ma., 23 y 24 de la LCGC, no resulta necesario determinar una regulación sustitutiva de la que se elimina por el expediente de la nulidad parcial porque en el primer caso (aumento del precio sin razones objetivas), una vez eliminada la cláusula abusiva el contrato permanece vigente con el precio original; en el caso de aumento del precio por imposición de servicios accesorios, el contrato permanecería igualmente válido sin que pudiera obligarse al consumidor a adquirir los productos o servicios y sin que pueda producirse una variación del precio. A estas conclusiones puede llegarse a través de dos razonamientos: 1) el primero sostiene que no resulta necesario establecer una regulación sustitutiva en estos casos porque la eliminación de la cláusula abusiva no tiene como efecto la aparición de una laguna contractual que requiera de la aplicación del Derecho Dispositivo para cubrirla; 2) el segundo afirma que esa cláusula nula no será sustituida pero no porque su ausencia no provoque una laguna, sino simplemente porque el Derecho Dispositivo carece de una regulación aplicable.

XXIV.- Las cláusulas (válidas) que contienen diferentes supuestos de modificaciones unilaterales esconden detrás de su ropaje aparente a la conocida figura de la condición suspensiva ya que el nacimiento del derecho a modificar los términos originales del contrato celebrado con un adherente no puede tener lugar sino cuando se han cumplido los requisitos que, para los distintos supuestos, se encuentran previstos por la ley. Esos requisitos pueden consistir en *motivos válidos especificados en el contrato* (Cl. 2da.), *razones objetivas* (Cl. 7ma.), o la *variación de un índice legal* (Cl. 7ma.). Detrás de cada uno de esos "requisitos" se encuentra un hecho futuro e incierto, cuya producción y sólo ella puede determinar el nacimiento del derecho del profesional a modificar el contenido del contrato en alguno de sus aspectos.

XXV.- La llamada modificación unilateral de contratos con CGC tiene en común con la cláusula *rebus sic stantibus* los siguientes caracteres: 1) la necesidad de estar en presencia de un contrato de tracto sucesivo que aún no haya tenido cumplimiento total; 2) la alteración de las circunstancias tenidas en cuenta al momento de la celebración; 3)

esa alteración debe producirse por causas no imputables a los contratantes; 4) la alteración debe producir un desequilibrio en las prestaciones. En cambio, ambos institutos se diferencian en *a)* que para la aplicación cláusula *rebus* la alteración de las circunstancias debe ser *extraordinaria* y *fuera de toda previsión*, *b)* el desequilibrio de prestaciones debe ser *exorbitante*, *c)* la parte afectada debe *carecer* de todo otro procedimiento para remediar el perjuicio que le supondría conservar el contrato en los términos originales y *d)* debe *acudir a los tribunales de justicia*, mientras que ninguno de estos requisitos-caracteres se presenta en la modificación unilateral. Finalmente en cuanto a los efectos se diferencian en que la aplicación de la teoría de la cláusula *rebus* puede derivar en dos efectos alternativos: *a)* la revisión del contrato (a través de su modificación) o *b)* la conclusión y terminación del mismo. En la llamada modificación unilateral el efecto debe ser, por definición, uno solo: la alteración que restablezca el equilibrio contractual.

XXVI.- Con respecto a la *forma* que debe reunir la modificación unilateral para poder ser considerada como válida, en cualquier caso el profesional deberá comunicar por escrito al consumidor de la modificación y sus términos, más allá de la forma a través de la cual se hubiera celebrado el contrato original.

XXVII.- Si el profesional ha omitido introducir en el clausulado general una reserva para modificar el contrato no podrá prevalerse de las disposiciones legales sobre la materia para hacerlo. Tendrá dos alternativas: 1) intentar la modificación por la vía judicial haciendo uso de la teoría de la cláusula rebus sic stantibus o 2) resolver el contrato si existen motivos graves que alteren las circunstancias que motivaron la celebración del mismo.

Bibliografía

1. **AAVV,** "Código Brasileiro de Defesa do Consumidor", comentado pelos autores do Anteprojeto, 6ta edicto revista e atualizada até julho de 1999. Forense Universitaria.
2. **Albaladejo, Manuel,** (Director), "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1989.
3. Albaladejo, Manuel, "Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones" Vol. I, Segunda Edición, Librería Bosch, Barcelona.
4. Albaladejo, Manuel, "Derecho Civil", T. II, Derecho de Obligaciones, Vol. 1°, Librería Bosch, Barcelona 1989.
5. **Alfaro Águila-Real, J.,** "Comentario a la STS de 2 de febrero de 1990 (Seguro: novación modificativa. Consentimiento de ambas partes; valor del silencio)", en CCJC, n° 22, 1990.
6. Alfaro Águila-Real, Jesús, "El Derecho de las Condiciones Generales y las Cláusulas Predispuestas". Revista Jurídica de Catalunya, 2000-1.
7. Alfaro Águila-Real, Jesús, "Nota crítica", Anuario de Derecho Civil, 1993, 46-1.
8. **Alterini, Atilio Anibal,** "Bases para armar la teoría general del contrato en el derecho moderno", La Ley 1998-B.
9. Alterini, Atilio Anibal, "Los contratos de consumo", La Ley 1993-E.
10. **Alvarez Moreno, María Teresa,** "El desistimiento unilateral en los contratos con condiciones generales", EDERSA, Madrid 2000.
11. **Amat Llombart, Pablo**, "La contratación en el sector turístico", Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.
12. **Andorno, Luis O.,** "El control de la publicidad y la comercialización en el ámbito de la defensa del consumidor y del usuario", Jurisprudencia Argentina 1994-III.
13. **Arroyo Martinez I. y Miquel Rodríguez, J.,** "Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación", Madrid, 1999.
14. Arroyo Martínez, Ignacio - Miquel Rodríguez, Jorge (coordinadores), "Comentarios a la ley sobre condiciones generales de la contratación", Tecnos, Madrid, 1999.
15. Arroyo Martinez, Ignacio y Miguel Rodriguez, Jorge, "Comentarios a la ley sobre condiciones generales de la contratación", Editorial Tecnos S.A., Madrid 1999.
16. **Avilés García, Javier,** "Cláusulas abusivas, buena fe y reformas del derecho de la contratación en España", Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Septiembre-Octubre 1998, N° 648.
17. **Badosa Coll, F**., "Incapacidad de consentir e incapacidad de contratar (Un estudio sobre el art. 1263 del Código Civil)", en Centenario del Código Civil, TI, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.
18. **Ballesteros Garrido, J.A. y Bercovitz Rodríguez Cano, R.,** "Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores", Tecnos, Madrid, 1987.
19. **Ballesteros Garrido, José Antonio**, "Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad", José María Bosch Editor, Barcelona 1999.
20. **Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo** (Coordinador), "Comentarios a la ley de Condiciones Generales de la Contratación". Aranzadi Editorial, Navarra, 1999.
21. **Bercovitz, R., y Salas, J., AAVV,** "Comentario a la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios", Madrid, 1992.

22. **Bercovitz, R., y Salas, J., AAVV**, "Las Condiciones generales de la contratación y la Ley 7/1998, de 13 de abril", Madrid, 1999.
23. **Betti, Emilio,** "Teoría General del Negocio Jurídico", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, Traducción y concordancias con el Derecho español por: A. Martín Pérez.
24. **Blanco Pérez-Rubio, Lourdes,** "El control de contenido en condiciones generales y en cláusulas contractuales predispuestas", Revista Jurídica del Notariado, Julio-Septiembre 2000.
25. **Blasco Gascó, Francisco de P.,** "Cumplimiento del contrato y condición suspensiva", Tirant Lo Blanch Alternativa, Valencia, 1991.
26. **Bonet Correa, J,** "La naturaleza jurídica de las cláusulas estabilizadoras de la renta arrendaticia urbana (Comentario a la STS de 22 de junio de 198392, en ADC, 1984.
27. **Bonnecase, J.,** "Elementos de Derecho civil", T.II, trad. Castellana, México, 1945.
28. **Borda, G.A.,** " Tratado de Derecho Civil – Obligaciones I", Editorial Perrot, Bs.As., 1989.
29. **Botana García, G. y Ruiz Muñoz, M.,** "Curso sobre protección jurídica de los consumidores", Madrid, 1999.
30. **Bueso Guillén, Pedro José,** "Los criterios determinantes del carácter abusivo en la Directiva Comunitaria sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores", RDBB, n° 59, pág. 653 y ss..
31. **Cabello de los Cobos y Mancha, L.M.,** "La Ley de Condiciones Generales de la Contratación", Madrid, 1998.
32. **Caffarena Laporta, J.,** "Comentario a la STS de 11 de enero de 1983 (Novación: eficacia extintiva y modificativa)", en CCJC, n°1, 1983.
33. **Carreras Maraña, J.M.,** "El nuevo régimen de actualización de rentas. Experiencias jurisprudenciales derivadas de la aplicación de las Disposiciones Transitorias 2° y 3° de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos", en *La Ley*, 1998-5.
34. **Castán Tobeñas, José,** "Derecho Civil español común y foral", T.III, Derecho de Obligaciones, Reus S.A., Madrid, 1978.
35. **Castro y Bravo, F. De,** "Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes", Madrid, 1975.
36. **Colmo, A.,** "De las Obligaciones en General", Editorial Guillermo Kraft, Bs. As., 1944.
37. **Cristóbal Montes, A.,** "La llamada novación modificativa en el Derecho civil español", en RCDI, 1973.
38. **De Avila Jacinto, Patricia Helena y Colombo Arnoldi, Paulo Roberto** "A protecao contratual ao consumidor no Maercosul", Lex Editora S.A., Sao Paulo 2001.
39. **De Bustos Gómez-Rico, M**. "La renta en los contratos de arrendamiento de finca urbana. Su revisión", en RGD, marzo 1992.
40. **De Castro y Bravo, F**., "El negocio jurídico", Civitas, Madrid, Edición facsimil, 1985 (reimpresión de la edición de 1971).
41. De Castro y Bravo, F., "El Negocio Jurídico", Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967.
42. De Castro y Bravo, F., "Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes". Anuario de Derecho Civil N°14 1961.
43. De Castro y Bravo F., "Notas sobre limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad", Anuario de Derecho Civil 1982, N°35.

44. **De la Haza Díaz, Pilar,** "El Contrato de Viaje Combinado. La responsabilidad de las agencias de viajes", Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997.
45. **De León Arce, Alicia** (Dirección), Alicia de León Arce y Luz María García García (Coordinación), "Derecho de los Consumidores y Usuarios", Editorial: Tirant Lo Blanch, Valencia 2000. N97 DER leo, Ver en este libro la bibliografía que hay en pág. 282 y 283.
46. **Deambrossi, Jorge R.,** "El artículo 42 de la Constitución Nacional y los usuarios de servicios públicos", JA 1996-III.
47. **Díez Picazo, L.,** "Estudios sobre la Jurisprudencia civil", Vol.I, Tecnos, Madrid, 1979; Vol.II, 1969; Vol.III, 3ª ed., 1981.
48. **Díez Soto, Carlos Manuel,** "La conversión del contrato nulo", José María Bosch Editor SA, Barcelona 1994, pág.77 y ss..
49. **Díez-Picazo y Ponce de León, Luis,** "Los llamados contratos forzosos", Anuario de Derecho Civil 1956 I.
50. **Díez-Picazo, L., AAVV**, "Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas", Madrid, 1996.
51. **Díez-Picazo, Luis,** "Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial", T II, Editorial Cívitas, Madrid, 1993.
52. Díez-Picazo, Luis, "Contratos de crédito y protección de consumidores", Anuario de Derecho Civil, Tomo LII, Fascículo IV, octubre-diciembre 1999, pág. 1357 y ss..
53. **Doménech Salvador**, **A.M.,** "Comentario a al STS de 28 de mayo de 1996 (La modificación de la relación obligatoria. La novación)", en RGD, oct.-nov. 1996, pág 11.455 y ss..
54. **Doral García de Pazos, J. A.,** "El contrato como fuente de las obligaciones" EUNATE, Pamplona, 1993.
55. **Durán Rivacoba, Ramón**, "Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas abusivas", Revista de Derecho Privado – Febrero 2000.
56. **Emparanza, A.,** "La Directiva comunitaria sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sus repercusiones en el ordenamiento español", RDM, 1994.
57. Emparanza, Alberto, "La imposición al cliente de las condiciones generales del contrato", Revista de Derecho Bancario y Bursátil, Octubre-Diciembre 1997, N°68.
58. **Ennecerus, L./Lehmann, H.,** "Derecho de obligaciones", en "Tratado de Derecho Civil", de Ennecerus, L./Kipp, T./Wolf, M., T.I, trad. Esp. Y notas de Pérez González y Alguer, Bosch, Barcelona, 1947.
59. **Esborraz, David F. y Carlos A. Fernandez,** "La protección del consumidor en los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales", JA 1997 III.
60. **Espiau Espiau, Santiago,** "La resolución unilateral del contrato: estudio jurisprudencial", Aranzadi Civil, 1998 I, pág. 113 y ss..
61. **Estevez Brasa, Teresa M.,** "El contrato y el consumidor: proyecciones sociales y dificultosa prognosis", La Ley 1996-B.
62. **Fazio de Bello, Marta E. y Graciela Moreda,** "El llamado tiempo compartido y algunos aspectos de su problemática. Tratamiento prioritario de los derechos del cosumidor", JA 2001-II.
63. **Fenoy Picón, N.,** "Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa (Evolución del Ordenamiento español)", Centro de estudios Registrales, Madrid, 1996.
64. **Fernández Álvarez, J.L.,** "La Ley 2/1994 de 30 de marzo sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios: Reflexiones sobre algunos problemas que

plantea su aplicación en la práctica notarial y registral", en Revista Jurídica del Notariado, oct.-dic. 1995.
65. **Fernandez Hierro, J. Manuel,** "La Modificación del Contrato", Aranzadi L30 FER mod.
66. **Fresneda Saieg, Mónica y Sandra A. Frustagli,** "La expansión de la eficacia del contrato en la Ley de Defensa del Consumidor", JA 1997-III.
67. **Fugiuele, Giovanni,** "Problemas jurisprudenciales en Italia en torno a la prohibición de cláusulas abusivas".– Revista de Derecho Privado – Febrero 2001.
68. **García Amigo, M.,** "Lecciones de Derecho Civil II. Teoría General de las obligaciones y Contratos", McGraw-Hill, Madrid, 1995.
69. García Amigo, Manuel, "Ley alemana occidental sobre <condiciones generales>", Revista de Derecho Privado, Mayo 1978.
70. **García de Marina, M.,** "La novación. Modificación y extinción de las obligaciones", Serlipost, Barcelona, 1993.
71. **García-Amigo, M.,** "Condiciones Generales de los Contratos (Civiles y Mercantiles)", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969.
72. **Gete Alonso y Calera, María del Carmen,** "Apuntes para una explicación de la modificación y novación de la relación obligatoria", en "Homenaje al Profesor Juan Roca Juan", AA. VV., Universidad de Murcia, Secretariado de Publicaciones, Murcia, 1989.
73. **Ghersi, Carlos A.,** "Los usuarios de los servicios domiciliarios desamparados por el poder político y judicial", JA 1997-II.
74. Ghersi, Carlos, "Los contratos de uso de servicios a mediano y largo plazo: un problema a resolver para el siglo XXI", JA 1998-III.
75. **Giorgi, Jorge,** "Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno", vol. VII, Hijos de Reus Editores, Madrid, 1912. (ojo chequear).
76. Giorgi, Jorge, "Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno", Vol. IV, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1911 (ver el otro tomo citado).
77. **Gómez Calle, Esther**, "El Contrato de Viaje Combinado", Editorial Civitas, Madrid, 1998.
78. **Gómez Gálligo, F.J.,** "La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación" RCDI, septiembre-octubre 1998, núm 648, pp.1587 y ss..
79. **Gutierrez Santiago, Pilar** "El consentimiento de las partes en la novación objetiva de la obligación", Universidad de León, Secretariado de Publicaciones, 2000.
80. **Hernández Gil, A.,** "El ámbito de la novación objetiva modificativa", en RDP, 1961 (y en "Derecho de Obligaciones", en Obras Completas, 1988).
81. **Hise, Mónica y Gabriela Rossello,** "Contratos de adhesión (Reseña Jurisprudencial)", JA 1996-IV.
82. **Lacruz Berdejo, J. L.,** Agustín Luna Serrano Jesús Delgado Echeverría y Francisco Rivero Hernández, "Elementos de Derecho Civil", T. II, Vol. 2°, Derecho de Obligaciones, Ed. Bosch, Barcelona, 1987.
83. **Larroumet, Christian,** "La protección contra las cláusulas abusivas en el derecho francés", JA 1996-I.
84. **Llambías, Jorge Joaquín**, "Tratado de Derecho Civil – Obligaciones III", Editorial Perrot, Bs.As. 1996.
85. **López de Zavalía,** "Teoría de los Contratos", T. I, Parte General, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1984.

86. **López Fernández, Luis Miguel,** "La condición suspensiva en los contratos", Editorial Montecorvo, Madrid, 2000.
87. **Lorenzetti, Ricardo Luis,** "¿Cuál es el cemento que une las redes de consumidores, de distribuidores, o de paquetes de negocios?", La Ley 1995-E.
88. Lorenzetti, Ricardo Luis, "Nuevas fronteras del abuso de derecho", La Ley 1995-E.
89. Lorenzetti, Ricardo, "Contratos y deberes secundarios de conducta: la libre elección.", La Ley 1998-B.
90. **Llamas Pombo, Eugenio,** "Orientaciones sobre el Concepto y el Método del Derecho Civil", Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fé, 2002
91. **Manzanares Secades, A.,** "En torno a la nulidad o validez de las cláusulas de elevación de renta de arrendamientos urbanos", en RDP, 1985.
92. **Martínez Espín, Pascual,** "El Contrato de Viaje Combinado", Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha, Cuenca, 1999.
93. **Martínez Velencoso,** Luz María, "La alteración de las circunstancias contractuales", Thomson Civitas, Madrid, 2003.
94. **Menéndez Menéndez, Aurelio y Luis Díez-Picazo** (Directores), "Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación", Cívitas, Madrid, 2002.
95. Miquel González, José María, "Reflexiones sobre las condiciones generales", en Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez", T. IV, Cívitas, Madrid, 1996.
96. **Moreau Ballonga, J.L.,** "En defensa del criterio de especificación unilateral notificada", en ADC, 1985.
97. **Morello, Augusto M.,** "El abogado, el juez, y la reforma del Código Civil", Platense, La Plata, 1979.
98. **Mosset Iturraspe, Jorge,** "Defensa del Consumidor, Ley 24.240", Rubinzal - Culzoni Editores, Bs. As..
99. Mosset Iturraspe, Jorge, "El arte de juzgar y la discrecionalidad del juez en relación a las cláusulas abiertas", La Ley 1998-A.
100. Mosset Iturraspe, Jorge, "El consumidor de cablevideo frustrado y el daño moral", La Ley 1994-E.
101. **Muguillo, Roberto A.,** "Régimen de Tarjetas de Crédito. Ley 25.065", Ed. ASTREA, Bs. As., 1999.
102. **Nery Jr., Nelson,** "La protección contractual", en "Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, Comentado pelos autores do Anteprojeto", AAVV, 6ta. Edición revisada y actualizada hasta junio de 1999, Forense Universitaria.
103. **Nicolau, Noemí L.,** "El principio de confianza en el derecho civil actual", JA 2001-III.
104. **Nieto Carol, Ubaldo** (Director), "Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas", Editorial Lex Nova, Valladolid, 2000.
105. Nieto Carol, Ubaldo (Director), "Crédito al Consumo y Transparencia Bancaria", Cívitas, Madrid, 1998.
106. **O´Callagham, Xavier**, Condiciones Generales de los Contratos y las cláusulas abusivas (a la luz de la ley 7/1998, de 13 de abril)", Estudios sobre Consumo – N°54 – 2000.
107. **Pagador López, Javier,** "La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación", en Revista Española de Seguros, julio-septiembre de 1998, n° 95, pág. 325 y ss..

108. **Perdices Huetos, Antonio B**., Comentario al artículo 10 de la LCGC, en "Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación", Aurelio Menéndez Menéndez y Luis Díez-Picazo (Directores), Cívitas, Madrid, 2002, pág. 522.
109. **Polo, Eduardo,** "La Protección del Consumidor en el Derecho Privado". N97 POL pro.
110. **Puig Brutau, José,** "Fundamentos de Derecho Civil", T. I-2°, Derecho General de las Obligaciones, Bosch, Barcelona, Segunda Edición, 1976.
111. **Ragel Sánchez, L.F.,** "El concepto de alteración objetiva convencional de la relación obligatoria", en ADC, 1987.
112. Ragel Sánchez, Luis Felipe, "El concepto de alteración objetiva convencional de la relación obligatoria", 1987 ver adónde está
113. Ragel Sanchez, Luis Felipe, "Estudio Legislativo y Jurisprudencial de Derecho Civil: Obligaciones y Contratos", Dykinson, 2000.
114. **Reglero Campos, Fernando,** "Régimen de ineficacia de las condiciones generales de la contratación. Cláusulas no incorporadas y cláusulas abusivas: concepto y tipología", en Aranzadi Civil, 1999-I, pág. 1637 y ss..
115. Reglero Campos, L.F., "Régimen de ineficacia de las condiciones generales de la contratación. Cláusulas no incorporadas y cláusulas abusivas: concepto y tipología", Aranzadi Civil, mayo 1999, núm.3, pág.13 y ss..
116. **Reich, Norbert,** "Mercado y derecho", Ariel, Barcelona, 1985.
117. **Rinessi, Antonio Juan,** "Consumidor informático", La Ley 1995-A.
118. **Romero Villanueva, Horacio J.,** "Algunas reflexiones sobre el servicio telefónico privatizado", JA 1995-II.
119. **Royo Martinez, M.,** "La transformación del concepto de contrato en el Derecho moderno. La nueva concepción de revisibilidad del contrato", en RGLJ, 1944.
120. **Ruiz Muñoz, Miguel,** "La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores", Editorial Lex Nova, Valladolid, 1993.
121. **Sainz-Cantero Caparros, Ma.B.,** "La forma en la modificación y extinción convencional de relaciones obligatorias", en AC, n°22, mayo-junio 1997.
122. **Salvat, Raymundo M.,** "Tratado de Derecho Civil Argentino. Obligaciones en General III", Sexta Edición, Tipográfica Editora Argentina, Bs. As. 1956.
123. **Saux, Ignacio E. y Enrique C. Muller,** "Operaciones de venta a crédito", JA 1997 III.
124. **Stiglitz, Gabriel A. y Rubén S. Stiglitz,** "Derechos y defensa de los consumidores", Ediciones La Rocca, Bs. As., 1994.
125. **Stiglitz, Gabriel,** "Participación de los usuarios en el control de los servicios públicos", JA 1997-II.
126. **Stiglitz, Rubén S.,** "Cláusulas abusivas en el contrato de seguro", Abeledo-Perrot, Bs. As., 1994.
127. Stiglitz, Rubén S., "Contrato de consumo y cláusulas abusivas", Jurisprudencia Argentina 1997-II.
128. Stiglitz, Rubén S., "Defensa del consumidor: los servicios bancarios y financieros", La Ley 1998-C.
129. Stiglitz, Rubén S., "La obligación precontractual y contractual de información. El deber de consejo", JA 1997-II.
130. Stiglitz-Stiglitz, "Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor", Depalma, Buenos Aires, 1985.

131. **Vázquez Ferreira, Roberto A.,** "Turismo y defensa del consumidor", La Ley Argentina 1996-C.
132. **Vázquez Ferreira, Roberto y Oscar E. Romera,** "Defensa del consumidor: sobrefacturación telefónica y carga probatoria en un fallo trascendente", JA 1995-II.
133. **Vázquez Ferreira, Roberto y Oscar E. Romera**, "La ley de defensa del consumidor en los contratos bancarios a la luz de un valioso precedente judicial", La Ley (Arg.) 1996-C.
134. **Vázquez Ferreyra, Roberto A.,** "La vigencia de la Ley de Defensa de los Consumidores", JA 1997-III.
135. **Vázquez Ferreyra, Roberto A.,** "Las obras sociales y la cobertura médica a la luz de la Ley de Defensa del Consumidor", JA 1994-II.
136. **Vives Martínez, G.,** "Comentario a las cláusulas abusivas en la Ley de 13 de abril de 1998 de las Condiciones Generales de la Contratación Tendencias de las Audiencias Provinciales y jurisprudencia del Tribunal Supremo", AC, 1999, núm.41, pp.1297 y ss..
137. **Von Tuhr, A.,** "Tratado de las Obligaciones", T. I y II, Reimpresión de la 1era. Edición, 1999, Editorial Reus, traducido del alemán y concordado por W. Roces.
138. **Wayar, Ernesto C.,** "Contratos", Zavalía Editor, Bs.As. 1993.
139. **Weingarten, Celia y Carlos A. Ghersi,** "Medicina Prepaga: cláusulas abusivas y traslado de riesgos al consumidor", JA 1993-II.
140. **Ysas Solanes, M.,** "La modificación unilateral de las obligaciones", en Comentario del Código Civil, T. II, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Madrid, 1990.